الفقه

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

الشفعة

دار العلوم
بيروت - لبنان

الشيرازي
الفقه
٧٩
الشفعة
دار العلوم

الفقه

الجزء التاسع والسبعون

الطبعة الثانية

١٤٠٩هـ - ١٩٨٨م

منقحة ومصححة مع تخريج المصادر

دار العلوم للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

العنوان: حارة حريك - بئر العبد - مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص.ب ٦٠٨٠ شوران تلفون: ٨٢١٢٧٤ بيروت - لبنان .

الفقه

موسوعة استدلالية في الفقه الإسلامي

آية الله العظمى
السيد محمد الحسيني الشيرازي
"دام ظله"

كتاب الشفعة

دار العلوم
للتحقيق والطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمٰنِ الرَّحِيمِ

الحَمْدُ للهِ رَبِّ العَالَمِينَ وَالصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ عَلَى أَشْرَفِ خَلْقِهِ سَيِّدِنَا مُحَمَّدٍ وَعَلَى آلِهِ الطَّيِّبِينَ الطَّاهِرِينَ، وَاللَّعْنَةُ الدَّائِمَةُ عَلَى أَعْدَائِهِمْ إِلَى قِيَامِ يَوْمِ الدِّينِ.

(كتاب الشفعة)

والاغلب ان يكون على اسلوب الشرائع ، وهي كما في المسالك مأخوذة من قولك : شفعت كذا بكذا اذا جعلته شفعاً به ، كأن الشفيع يجعل نصيبه شفعاً بنصيب صاحبه .

ويقال : أصل الكلمة التقوية والاعانة ، ومنه الشفاعة والشفيع ، لان كل واحد من الوترين يتقوى بالاخر ، ومنه شاة شافع التي معها ولدها لتقويها به، ولم يعلم وجه لاشكال الجواهر عليه بقوله : وفيه ما لايخفى ، لانه هو الظاهر من الكلمة عرفاً،فتعريف التنقيح لها بقوله : هي مأخوذة من الزيادة ، لان سهم الشريك يزيد بما يضم اليه ، فكانه وترفصار شفعاً ، ومـا عن بعض الكتب من انها اختلف في مأخذها لغة هل هي مشتقة من الشفع بمعنى الضم؟ أو الزيادة أو التقوية أو من الشفاعة أقوال متقاربة ، غير ظاهر الوجه .

بل الزيادة والتقوية والشفاعة أيضاً مأخوذة من المعنى السابق ،فان الشفع مقابل الوتر والشفيع عبارة عن الانسان الذي ينضم الى انسان آخر .

وبذلك يتقوى فيخلص من المشكلة، والاشكال في الشفاعة بانه ان كان بدون استحقاق فهوظلم ، وان كان مع الاستحقاق ، فلا وجه لاتخاذ الشفيع ، وانما

كان الاول ظالماً ، لانه أعطاه غير المستحق شيئاً، فيه انه استحقاق بمعنى الاعم أي استحقاق بضميمة لا استحقاق في الجملة ، فان كون الانسان في دين النبي صلى الله عليه وآله موقراً له ، ومعظماً لله سبحانه وتعالى يقتضي انه اذا حدثت له مشكلة دنيوية أو اخروية تنضم عناية الله سبحانه وتعالى ، أو وساطة الرسول معه في نجاته من المشكلة ، ولهذا ورد : ﴿ قل لله الشفاعة جميعاً ﴾[1].

وكيف كان ، فقد سبق المسالك التذكرة وجامع المقاصد في الكلام المذكور .

وفي الجواهر : انما ذكر الشفعة المصنف وغيره،متصلا بكتاب الغصب ، تنبيهاً على ان ذلك كالمستثنى من حرمة أخذ مال الغير قهراً للسنة المتواترة التي سيمر عليك جملة منها في تضاعيف الكتاب والاجماع بقسميه عليه ، بل هو من المسلمين ، وما يحكى عن جابر بن زيد،والاصم من انكار الشفعة على فرض صحة الحكاية من الشواذ المعلوم بطلانه ، خصوصاً بعد الطعن في عقيدة جابر منهما بالخروج ـ انتهى .

وقد ورد في متواتر الروايات : لفظ الشفعة،مثل ما عن أبي العباس البقباق[2] قال : سمعت أباعبدالله عليه السلام يقول : الشفعة لاتكون الالشريك .

وعن عبدالرحمن[3] بن أبي عبدالله،عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : الشفعة لاتكون الالشريك .

وعن هارون[4] بن حمزة الغنوي،عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الشفعة

---

(١) سورة الزمر : الآية ٤٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ١ من الشفعة ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ١ من الشفعة ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .

في الدور ، أشيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال : الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن.

وقد ورد عن رسول الله ﷺ بهذه اللفظة .

ففي غوالي اللئالي (١) ، عن النبي ﷺ قال : الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط،فلا يحل له ان يبيعه حتي يعرضه على شريكه ، فان باعه فشريكه أحق به.

الىغيرها من الروايات التي تأتي جملة اخرى منها في تضاعيف الكتاب، انشاء الله تعالى .

وكانها وضعت ارفاقاً للشريك حتى لايدخل عليه من لايأنس به ، أو من لايريده ، ويمكن ان يتخلص منها مريد البيع بأن يهب الحصة لمن يريد ، ثم المتهب يهب مقداراً من المال للواهب ، لوضوح انه لاشفعة في الهبة ، وليس هذا انحرافاً وخرقاً للقانون أوتحايلا عليه ، وانما لكل من الشفعة والهبة أحكام خاصة لاتترتب على الاخرى كما في سائر موارد الخروج من حكم الى حكم لتبدل الموضوع الى آخر ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في بعض الكتب الفقهية .

وكيف كان،فقد ذكر فيالشرائع : ان الشفعة هي استحقاق أحد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع .

وفي مفتاح الكرامة : وأول من عرفها فيما أجد أبوالصلاح صاحب الغنية.

قال في الغنية : الشفعة في الشرع عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بمثل ما بذل فيه أوقيمته ، وتبعه على ذلك صاحب السرائر حرفاً فحرفاً واقتفاهما المتأخرون فعرفها الرجل الواحد في كل كتاب بما حصل في نظره انه يحصل التمييز به ـ انتهى .

---

(١) عوالي اللئالي : ج ٣ ص ٤٧٥ .

كما ان القواعد عرفه بقوله : هي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه بالبيع،وقد أكثر جملة من الفقهاء الاشكال على التعاريف المذكورة في كلماتهم بالنقض طرداً وعكساً، لكن الكلام فيها قليل الفائدة ،كما أشار اليه مفتاح الكرامة،وتبعه الجواهر بقوله : ضرورة معلومية كون المراد منها التمييز في الجملة لترتب الاحكام عليه ، والا فتمامه يعلم بالاحاطة بالادلة التي ستعرفها انشاء الله .

وليس المراد منها التحديد الحقيقي، ولا ان ذلك للاختلاف بينهم في معنى شرعي لها ، وكذلك قال صاحب الكفاية في كفايته .

ثم ان الكفار ان اعتقدوا بالشفعة وراجعونا علينا القضاء حسب عقيدتهم من باب قاعدة الالزام(١) ، وان لم يعتقدوا بالشفعة ، لم يكن بينهما شفعة .

ولايخفى ان ما التزموا به أعم من القانون والدين ، لوضوح ان في دين موسى وعيسى عليهما السلام تقل عندهم الاحكام قلة ظاهرة ، ولهذا فهم من القديم حتى في زمن رسول الله صلى الله عليه وآله كانوا يعملون بالقوانين الموضوعة من عند كبرائهم، ويؤيده ان الخمر والخنزير محرمان في دينهما عليهما السلام ، ومع ذلك رتب الاسلام أحكام الحلية بالنسبة اليهم ، وكذلك نكاح المحارم في دين المجوس ، الى غير ذلك من المؤيدات .

أما اذا اعتقد أحد الأطراف الثلاثة من الشريكين ، والمشتري بالشفعة ، ولم يعتقد الاخر،فالاصل العدم الا فيما اذا كان المشتري والشريك يعتقدان بها حيث انهما بحسب اعتقادهما تنتقل الحصة الى الشريك بأخذه الشفعة .

---

(١) انظر : الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٤ الباب ٤ من ميراث الاخوة .

أما البائع فلا شأن له بعد البيع حتى يكون عدم نظره بالشفعة مؤثراً في العدم .

ومما ذكر في الكافر يعلم حكم المخالف ، وكذلك حال المنافق ، لانــه ملتزم بالاسلام ، وتجري عليه الاحكام .

أماالمختلفون تقليداً ، فاللازمأن يراجعوا مرجعاً ، فما قضى فيه فهوثابت عليهم كما ذكرناه فى كتابي : [القضاء والارث] وغيرهما .

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع : يثبت الشفعة في الارضين، كالمساكن والعراص والبساتين اجماعاً ، وهل تثبت فيماينقل كالثياب والالات والسفن ، والحيوان؟ قيل: نعم، دفعاً لكلفة القسمة، واستناداً الى رواية يونس(١)، عن بعض رجاله، عن أبي عبدالله عليه السلام ، وقيل : لا ، اقتصاراً في التسلط على مال المسلم بموضع الاجماع، واستضعافاً للرواية المشار اليها وهو أشبه .

أقول: أما ثبوت الشفعة في العقار كالمساكن والعراص والبساتين والدكاكين وأراضي الارحية وماأشبه .

ففي مفتاح الكرامة: استفاض نقل الاجماع عليه، حكاه الشيخ في الخلاف والمحقق في الشرائع، والنافع في موضعين من كل منهما ، وتلميذه في كشف الرموز ، والمصنف في التذكرة ، والشهيد في غاية المراد ، وصاحب جامع المقاصد ، والشهيد الثاني في المسالك ، والمقدس الاردبيلي في مجمع البرهان .

وفي التذكرة أيضاً: انه لا خلاف فيه الا من الاصم .

وأما انه تثبت في كل مبيع ففيه أقوال: أشهرها اثنان :

الاول: انه ثابت في كل مبيع منقول أوغيره، وهو صريح المقنعة والنهاية والاستبصار والانتصار والكافي والمهذب والغنية والسرائر .

وقيل: انه خيرة الصدوق في المقنع ووالده في رسالته ، وهو المحكى عن أبي علي ، ونفى عنه البعد في الدروس ، وفي المهذب انه أظهر في المذهب، وفي السرائر انه أظهر أقوال أصحابنا، وانه مذهب السيد وغيره من المشيخة .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٢ .

وقد حكى شيخنا في الرياض عنها دعوى الاجماع ، وجعله من سنخ اجماع الانتصار، وفي المسالك والكفاية والمفاتيح والرياض انه مذهب أكثر المتقدمين وجماعة من المتأخرين ، وفي الانتصار الاجماع عليه ، وانه من متفرداتنا، وان الاخبار به كثيرة .

وأما القول بعدم ثبوتها في المنقولات ، فهو خيرة الخلاف والمبسوط ومجمع البيان وفقه الراوندي والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان، وحكاه في المختلف عن والده وابن حمزة، وهو الظاهر من الوسيلة والمراسم، ويقتضيه كلام الحسن ابن أبي عقيل، وقد قال به، أومال اليه في غاية المراد، ونفى عنه البعد في الكفاية وهو مذهب أكثر أصحابنا كما في الخلاف وأكثر المتأخرين كما في المسالك والكفاية والاشهر كما في المهذب البارع ، والمشهور كما في التذكرة وجامع المقاصد، وبين المتأخرين كما في مجمع البرهان ، وعليه المتأخرون كما في الدروس ، وهو الظاهر من رواياتهم كما في الخلاف، واخباره أشهر كما في التذكرة وقد نسبه في الدروس الى ظاهر المبسوط - انتهى .

وعن المقدس الاردبيلي: ان الادلة من العقل والنقل كتاباً وسنة واجماعاً دلت على عدم الجواز فيما ينقل وما لاينقل خرج مالاينقل مطلقاً بالاجماع ، وبقي الباقي تحت المنع بالدليل القوى المفيد لليقين - انتهى .

ويظهر من الجواهر وغيره وجود هذا الاختلاف بين القولين عند العامة أيضاً، فلايمكن رمى طائفة من الروايات في أحد الطرفين بالتقية .

والحاصل: ان في المسألة قولين مشهورين ومستندهما طائفتان من الروايات

لايمكن استضعاف سند طائفة ، أو تضعيف دلالتها ، أو رميها بالخلل في جهة الصدور ، كما ان كلتا الطائفتين مشهورة ، فلايمكن تقديم بعضها على بعض بالشهرة، وانما يبقى التعارض بمايوجب الرجوع الى عمومات الأدلة كماذكره الاردبيلي .

أماروايات الثبوت، فهي مارواه المشايخ الثلاثة، عن يونس،[١] عن الصادق عليه السلام ، عن الشفعة لمن هي ؟ وفي أي شيء هي ؟ ولمن تصلح ؟ وهل يكون في الحيوان شفعة؟ وكيف هي؟ فقال عليه السلام: الشفعة جائزة (وفي الفقيه : واجبة) في كل شيء من حيوان أو أرض أو متاع اذا كان الشيء بين شريكين لاغيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق بـه من غيره، وان زاد على اثنين ، فلاشفعة لاحد منهم .

وعن الفقيه ،[٢] باسناده عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، عن عبدالله بن سنان انه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه؟ قال: يبيعه قلت: فانهما كانا اثنين ، فأراد أحدهما بيع نصيبــه ، فلما أقدم على البيع قال له : الشريك أعطني، قال: هو أحق به، ثم قال عليه السلام: لاشفعة في الحيوان الا أن يكون الشريك فيه واحداً .

وصحيح ابن سنان،[٣] قلت : لابي عبدالله عليه السلام: المملوك يكون بين شركاء ، فباع أحدهم نصيبه، فقال أحدهم: انا أحق، أله ذلك؟ قال: نعم اذا كان واحداً .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٣ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٧ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٤ .

وصحيح الحلبي[1] في التهذيب، وحسنه كالصحيح في الكافي، عن أبي عبدالله عليه‌السلام أيضاً، انه قال : في المملوك بين شركاء يبيع أحدهم نصيبه، فيقول صاحبه: أنا أحق به، أله ذلك ؟ قال: نعم، اذا كان واحداً، قيل له: في الحيوان شفعة؟ قال: لا .

وهذه الرواية تدل على التفصيل في المنقول فلا دلالة فيها على وجود الشفعة في المنقول مطلقاً .

وفي الرضوي[2] عليه‌السلام : روي ان الشفعة واجبة في كل شيء من الحيوان والعقار والرقيق .

أما روايات القول بعدم الثبوت الا في العقار ، فهي رواية الغنوي[3]، عن الصادق عليه‌السلام، سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك يعرض على الجار وهو أحق بها من غيره؟ فقال عليه‌السلام: الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً ، فهو أحق بها من غيره بالثمن .

وخبر عقبة بن خالد[4]، عن أبي عبدالله عليه‌السلام: قضى رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرض والمساكن، وقال: لا ضرر ولا ضرار، وقال: اذا أرفت الأرف وحددت الحدود فلاشفعة .

وخبر السكوني[5]، عن أبي عبدالله عليه‌السلام قال: قال رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله: لاشفعة في سفينة، ولا في نهر، ولا في طريق، ولا في رحى، ولا في حمام .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٣ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ من الشفعة ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .
(٥) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٨ من الشفعة ح ١ .

وخبر سليمان بن خالد[١]، عن أبي عبدالله عليه السلام : ليس في الحيوان شفعة .

ومارواه في الكافي[٢] : ان الشفعة لاتكون الاّ في الارضين والدور فقط .

ومارواه في الفقيه[٣] ، عن الصادق ، عن أبيه عليهما السلام : ان رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالشفعة مالم تؤرف ، يعني تقسم .

وفي الغوالي[٤]،عن النبي صلى الله عليه وآله قال: الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط، فلا يحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه ، فان باعه فشريكه أحق به .

وعن الدعائم[٥] ، روينا عن أبي عبدالله ، عن أبيه ، عن آبائه ، عن أمير المؤمنين عليهم السلام ، انه قال : لاشفعة فيما وقعت عليه الحدود .

وعن أبي عبدالله عليه السلام[٦] ، انه قال : الشفعة جائزة فيما لم يقع عليه الحدود فاذا وقع القسم والحدود فلاشفعة .

وعن الرضي[٧] (رحمه الله) في المجازات النبوية ، عن النبي صلى الله عليه وآله قال: اذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة .

وعن الغوالي[٨] ، بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وآله ، انه قال : الشفعة فيما لايقسم فاذا وقعت الحدود فلاشفعة .

وعن الشيخ الطوسي[٩] ، بسنده الى رسول الله صلى الله عليه وآله ، انه قال : اذا وقعت الحدود فلاشفعة .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح ٦ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٨ من الشفعة ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٣ من الشفعة ح ٨ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح ١ .
(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ من الشفعة ح ١ .
(٦) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٣ .
(٧) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٥ .
(٨) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح ٥ .
(٩) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح ٦ .

وفي رواية اخرى ، رواها الغوالي [١] ، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم الشفعة في كل مالم يقسم ، فاذا وقعت الحدود وضربت الطرق . فلاشفعة .

ورواه درر اللئالي [٢] ، عن جابر ، عنه صلى الله عليه وآله وسلم .

وعن المقنع [٣] ، روي : اذا أرفت الارف وحدت الحدود فلاشفعة .

وعن دعائم [٤] الاسلام ، عن أبي عبدالله عليه السلام انه قال: لاشفعة الا في مشاع ، الى أن قال : فاذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفل شفعة الا أن يكون بينهما شيء مشترك .

وفي الغوالي [٥] ، عن الصادق عليه السلام قال : الشفعة في كل عقار ، والعقار النخل والارضون والدور .

وعن الغوالي [٦] ، عن جابر ، عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ، انه قال : لاشفعة الا في ربع أو حائط .

الى غيرها من الروايات ، مما انه لولاكون روايات الاطلاق على خلاف القاعدة لكان اللازم الجمع بينهما بكون الروايات المانعة على ضرب من الكراهة ونحوها .

وأما المناقشات الاخر في هذه الطائفة ، أو تلك الطائفة فلايخفى مافيها .

ومنه يظهر وجه النظر فيماذكره الجواهر بقوله : والانصاف ان ذلك كله

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٣ من الشفعة ح ٨ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٣ من الشفعة ح ٨ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ من الشفعة ح ١٠ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح ١ .
(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٥ من الشفعة ح ٢ .
(٦) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح ٦ .

ممايورث الشك للفقيه ، خصوصاً بعد عدم الشهرة المحققة المعتد بها للقدماء في ذلك ، بـل ماحكاه المرتضى ، عن العامة من اتفاقهم عدا مالك على عدم ثبوتها في المنقول ، معارض لما عن الخلاف من حمل مرسل يونس[١] على التقية من أبي حنيفة ومالك ،كما ان مادعاه من الاجماع لم نتحققه ، اذ لم نعرف من وافقه على ذلك ممن تقدم الى المفيد ، مع انه حكي عنه في المختلف، انه لم يصرح بشيء ، وان كان هو خلاف الموجود عندنا في مقنعتـه من التصريح بذلك فى آخر كلامـه ، والا ابن الجنيد، ولم نقف على عبارته ، وليس النقل كالعيان .

وأما الصدوقان وابن أبي عقيل، فقد عرفـت الحال في كلامهم ، فالتحقيق حينئذ الاقتصار على المتيقن فيما خالف الاصول العقلية والنقلية ، وهو الاخذ فى غير المنقول وحمل النصوص فى المملوك والحيوان على ضرب من الندب بل لايبعد حمل مرسل يونس[٢] عليه ـ انتهى .

اذ لايخفى مافيه من مواضع النظر .

قال فى الشرائـع : وأما الشجر والنخل والابنيـة، فتثبت فيها الشفعة تبعاً للارض .

وقال في القواعد: ولو بيع البناء والغرس منضمين الى الارض دخلا فى الشفعة تبعاً .

وفي مفتاح الكرامة: بلا خلاف، كمافي موضعين من المبسوط، وظاهره نفيـه بين المسلمين ، ونحن أيضاً لم نجد فيه لنا خلافـاً ، بل وجدنا عباراتهم

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٢ .

مصرحة بذلك، وقد يظهر الاجماع من الشرائع والمسالك والكفاية، حيث قيل فيها تثبت فيهما، تبعاً للارض .

ولو أفردا بالبيع نزل على القولين، فظاهرها انه لا خلاف حيث تضمان، وتبعه في ذلك الجواهر كما لايخفى على من راجع عبارتهما ، وقد تقدم في رواية الغنوي[١]، سألته عن الشفعة في الدور، وفي روايـة منصور[٢]، عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار ، وفي رواية عقبة[٣]: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الأرضين والمساكن ، وفي جملـة من الروايات لفظ : الارض .

وفي رواية الدعائم[٤]، عن الصادق عليه السلام ، انه قال : اذا أكترى الشفيع من المشتري الارض المبيعة، أو الدار أوعامله في النخل وساومه في شيء من ذلك فقد قطعت شفعته .

ممايدل على ان في النخل أيضاً الشفعة .

وفي روايـة اخرى ، عنه[٥] عليه السلام قال : الشفعـة في كل عقار، والعقار النخل والارضون والدور .

وفي رواية الغوالي[٦]، عن النبي صلى الله عليه وآله قال: لا شفعة الا في ربع أوحائط .

وفي جملة من الروايات اطلاق أوعموم يشمل المقام، كقوله صلى الله عليه وآله ، فيما

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٧ من الشفعة ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ١١ في نوادر الشفعة ح ٢ .

(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح ٦ .

(٦) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح ٦ .

رواه الغوالي(١): الشريك شفيع، والشفعة في كل شيء .

وفي رواية الدعائم(٢)، عن علي عليه السلام ، انه قال: لا شفعة في بئر ولا نهر، ولا شفعة الا ان يكون مع شيء من ذلك أصل الارض لم تقسم .

ومنه يعلم ، وجه النظر في قول الجواهر ، حيث قال: ليس في شيء من النصوص ذكر الحائط ، بمعنى البستان الشامل للارض و الغرس ، وانما هو موجود في نصوص العامة، الا انه لافرق عند الاصحاب بينه وبين البناء ،كما انه ليس في شيء من نصوصنا لفظ البناء، بل فيها الاراضي والمساكن والدور، ومن هنا قد يتوقف فيما لايدخل تحت اسم المسكن والدار من البناء كجدار ونحوه ، وان حكى عن ظاهر جماعة وصريح آخرين ثبوت الشفعة فيه تبعاً للارض ، لكنه لايخلو من نظر ، اللهم الا أن يكون ذلك مثالا لكل مايثبت في الارض ، سواء كان مسكناً أوغيره ـ انتهى .

والاقرب دخول كل ذلك، ولذا قال في محكى التذكرة وتبعه المحقّق والشهيد الثانيان ، كما ان المساكن يتناول الابنية ، والدور يتناول الجدران ، والسقوف والابواب .

وفي مفتاح الكرامة في تناول المساكن لمطلق الابنية حتى الحائط الواحد وحده منع واضح ـ انتهى .

لكن قد عرفت ، شمول الاطلاقات لمثله ، فلو بنى حائطاً في الصحراء لاجل الظل ، مما لم تكن أرضه له كان داخلا في الحكم المذكور .

بل في دعائم(٣) الاسلام، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال: لاشفعة الا في مشاع

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح ٧ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٨ من الشفعة ح ٢ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

أوماكان من طريق مشترك ، أوحائط معقود بخشب ، أوحجارة أوماأشبه ذلك من البناء .

ولأصحاب الزائقة غير النافذة الشفعة بعضهم على بعض باشتراك الزائقة ، وتقدم في رواية الغوالي[١] لفظ الحائط [٢] بل قد عرفت العمومات أوالاطلاقات الشاملة لمثل ذلك خرج منه ماخرج فيبقى الباقي، كقول الصادق عليه السلام : الشفعة جائزة[٣] (أوواجبة، كما في نسخة الفقيه) في كل شيء . وقوله الآخر[٤] : الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن .

بل ويؤيده ماتقدم من خبر عقبة بن خالد[٥]، عن الصادق عليه السلام ان رسول الله صلى الله عليه وآله قضى بالشفعة بين الشركاء في الارض والمساكن ، وقال : لاضرر ولاضرار فان قوله : لاضرر ولاضرار بعد كلامه بثبوت الشفعة يدل على اطلاق الشفعة ، لانه كالعلة لهذا الحكم الذي هو على خلاف أصل السلطنة .

ثمّ الظاهر العرفي ان متعلقات الدار والارض والمسكن وماأشبهه ، ممّا يدخل تبعاً في الاسم داخل في حكم الشفعة ، وان كانت منفصلة .

ومنه يعلم، وجه النظر في استثناء الجواهر المفاتيح قال: لااشكال في تناول اسم الدار لجميع مايثبت فيها من الابواب والاخشاب والاعتاب، ونحوها من المنقولات التي أثبتت تبعاً للدار، بل في بعض كتب الشافعية دخول المفاتيح

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح ٦ .

(٢) إلا أن يقال : انه ظاهر في البستان (منه دام ظله) .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .

(٥) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

أيضاً ، وان كان فيه منع واضح ، وان قلنا بتبعيتها لبيع الدار عرفاً ـ انتهى .

اذ لاوجه لاستثنائها بعد رؤية العرف شمول اللفظ له، أما الاجزاءالمثبتة وان لم تكن من الدار حقيقة كأنابيب الماء و الكهرباء و المراوح والاشجار الثابتة في الدار والاعشاب كذلك فهي كلها داخلة في بيع الدار .

ثمّ الظاهر انه لافرق بين أن يكون حقاً أوملكاً ، كما اذا كانت غرفة عليا أرضها سقف الغرفة السفلى ، ولكن الحق لصاحب الغرفة العليا ، فباع صاحب العليا ، فانه يكون في الارض أيضاً الشفعة ، كما انّه اذا باع صاحب السفلى يكون السقف أيضاً داخلا في الشفعة ، وان كان تعلق بأرض العليا حق الغير .

وفي رواية الدعائم(١) عن الصادق عليه السلام ، انه قال: في الارض تكون حبيساً على القوم فيبنى فيها بعضهم ثم يموت فيبيع بعض ورثته حصته ، هل لصاحبه شفعة ؟ قال : نعم له الشفعة، لانه يدخل على مابقي مضرة اذا كان يهدم نصف كل بيت ، فيدخل في ذلك فساد .

هذا بالاضافة الى ماعرفت من الاستدلال بلاضرر، وبالعمومات المتقدمة.

وفي رواية أخرى له(٢) عن أبي‌عبدالله عليه السلام ، انه قال : لاشفعة الا في شيء مشاع ، الى ان قال : فاذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفل شفعة ، الا أن يكون بينهما شيء مشترك .

ومنه يعلم، وجه النظر فيما حكى عن القواعدوالتذكرة والتحرير وجامع

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ح ٥ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح ١ .

المقاصد من عدم الشفعة فيما لو كانت أرض الغرفة سقف صاحب السفل المختص لعدم التبعية لارضه .

ولكن عن الدروس : لاشفعة فيها عند الفاضل ، مشعراً بنوع تردد فيه .

وقال في الجواهر بعد نقله الحكم المذكور عن العلامة وغيره : أمّا لو كان السقف لهما، ففي القواعد اشكال من حيث انه في الهواء، فليس بثابت، ولاترجيح في التحرير و الدروس ، بل في التذكرة الاقرب ان لاشفعة ، بل في جامع المقاصد انه الاصح، لان ثبوت الشفعة فيها تبعاً للارض ولاأرض هنا، وعدم النقل عادة لايخرجها عن كونها منقولة في الاصل وصائرة الى النقل الا انه لايخفى عليك مافيه ، لصدق اسم المسكن والدار وكون الشيء منقولا أو ثابتاً ليس عنواناً في شيء من النصوص، ولعله لذا حكى عن الفخر ان الاولى ثبوت الشفعة ـ انتهى .

فان مقتضى القاعدة ماذكره الجواهر كما عرفت .

قال في الشرائع: ولو أفردا أي النخل والشجر والابنية بالبيع نزل على القولين.

وفي القواعد : انه لاشفعة في البناء والغرس ، لكن مقتضى القاعدة الشفعة في البناء ولو مجرداً عن الارض ، لبعض الاطلاقات المتقدمة ، ودليل لاضرر المستدل به في الرواية ، بل ولقوله عليه السلام (1) : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الارضين والمساكن ، فان عطف المساكن على الارضين ، مع ان بينهما عموماً من وجه يقتضي أن يكون الشفعة في كل المساكن ، سواء كانت مع الارض أم لا ؟كما يقتضي ان الارضين فيها الشفعة، سواء كانت مع المساكن

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

أو لا ؟ وليس بين الامرين عموم مطلق . كما هو ظاهر مفتاح الكرامة حيث قال : ولابد في عطف الخاصة على العامة من نكتة ، كما انه لم يعلم وجه قول المسالك المسكن اسم للمجموع المركب من الارض والبناء .

وأما الشجر، فان قلنا بالاطلاق في تلك الروايات السابقة، ومثل دليل لاضرر المستدل به في رواية رسول الله ﷺ ، كما هو الظاهر من الجملتين المتعاقبتين، فاللازم ان نقول بثبوت الشفعة فيه .

ويؤيده ماتقدم عن الدعائم ، عن الصادق عليه السلام من قوله : الشفعة في كل عقار ، والعقار النخل والارضون والدور [(١)] .

والا فان لم نكتف بمثل هذه العمومات والمؤيدات، فالاصل العدم، لكن القول به قريب .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر ، حيث قال : أما لو بيعا مع مغرسهما وأسهما خاصة من أرض البستان والدار ، فالاصح عند الشافعي عدم الشفعة ، لان المبيع من الارض هنا تابع وهو الاس والمغرس والمتبوع هو البناء والشجر، ولايخلو من وجه للشك في التبعية هنا ، لعدم صدق البستان والدار على الفرض ، اذ هما اسم للمجموع المركب من ذلك ، وهو المدار - انتهى .

خصوصاً في اشكاله في البناء في الدار، وبالطريق الاولى تثبت الشفعة في الدار التي ليست أرضها مملوكة الشريكين، لكونها مفتوحة عنوة، وقلنا بعدم ملكها تبعاً للاثار ، أو كانت وقفاً على غيرهما ، أووقفاً عاماً ، أو كانت مستأجرة ،

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعة ح ٢ .

أوعارية، وذلك لصدق الدار والبستان والمسكن ونحوها عليها، فاشكال الجواهر فيها بأنه لابيع فيها لارضها مع الاثار حتى تتحقق الشفعة محل نظر .

ومن ذلك يظهر النظر أيضاً في قوله : ولو كان في أرض البستان، أوالدار زرع يجز مرة بعد أخرى ، فالذي صرح به بعض الشافعية الشفعة في أصوله، وان كان الجزة الظاهرة لاشفعة فيها .

أما اذا لم يكن كذلك ، بل يجز دفعة واحدة ، ويؤخذ فلا شفعة فيه، قلت : لعل الاصح خلافه فيهما ضرورة عدم دخولهما في اسم الحائط والدار حتى تتحق الشفعة فيه ، وليس هو من التوابع الثابتة ، ومن هنا كان المحكى عن الخلاف وفقه الراوندي والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها عدم الثبوت فيه من دون تفصيل ـ انتهى .

اذ الظاهر من الدليل لدى العرف التبعية كماتقدم في مثل المفتاح أيضاً ، فان من اشترى داراً لايشك في دخول مثل ذلك فيه ، وكذلك اذا صالح أو استأجر وهكذا في المقام ، بل تعارف وجود مثل هذه الاعشاب في البساتين ، والدور الواسعة ذات الحدائق مع عدم استثنائها في الادلة دليل على دخول الاعشاب ونحوها في الشفعة أيضاً .

كما انه لعله كذلك بالنسبة الى الحيوانات الموجودة في الارض كالدود الموجود فى ارض البساتين مما يكثر نفعه أيضاً ويباع لبعض الادوية ، فانها أيضاً داخلة، ولذا اذا باع البستان ثم جاء البائع وأراد اخراج الدود لنفسه عد مخالفاً لماينصرف من بيعه .

كما انه يعرف مماتقدم وجه النظر فى قول الجواهر، حيث قال: ولو كان في الدار نخلة أوشجرة أونحوهما ممالاتسمى بستاناً، فلاشفعة فيها ببيع الدار

اذليس هي منها في شيء، والتبعية الجعلية في البيع لاتجدى، بل قد عرفت ان التبعية العرفية كذلك مالم تدخل في المسمى على وجه تكون من أجزاء الدار عرفاً، مثل الرفوف المثبتة فيه ـ انتهى .

اذ الظاهر انها تابعة لفهم العرف ذلك من أدلة الشفعة، ولولم تكن تابعة لزم الاستثناء .

أما الرفوف غير المثبتة، كما اذا كان في طرفي الحائط خشبة أو نحوها بحيث يوضع الرف فوقه، فلابعد الدخول أيضاً، لانه المنصرف من الاطلاق هنا ، وفي البيع والصلح وغيرها الا اذا استثنى في البيع ونحوه ، والظاهر انه يدخل في الشفعة أيضاً القفص المبني في الحائط للطيور والدجاج ونحوهما وكذلك محل وضع التبن والحشيش والشعير للحيوانات المبنية من الطين ونحوه، وهل تثبت الشفعة فى مثل المسكن المتحرك، حيث يعتاد فى الحال الحاضر صنع المساكن المتحركة على العجلات، أوالمساكن المتحركة فى البحر ممايشبه السفن احتمالان، من انه مسكن ، ومن احتمال انصراف الادلة عن مثله، لكن لايبعد القول لاطلاق الادلة المتقدمة، ودليل لا ضرر [1]، وشمول المسكن له بعدما عرفت من انه لايلزم ان يكون المسكن مع الارض للتقابل بينهما فى الحديث .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع : وفي ثبوتها في النهر ، والطريق والحمام ومانضر قسمته تردد أشبهه انه لاتثبت ونعني بالضرر ان لاينتفع به بعد قسمته، فالمتضرر لايجبر على القسمة ، ولوكان الحمام أو الطريق أو النهر ممالايبطل منفعته بعد القسمة أجبر الممتنع وتثبت الشفعة، وكذا لوكان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر لاحدهما ـ انتهى .

وقال في القواعد : واحترزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والاماكن الضيقة ومأشبهها ، ممالايقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو ابطال المنفعة المقصودة منها، فلاشفعة فيها على رأى .

أقول : اختلفوا في انه هل يلزم امكان القسمة بلاضرر حتى تكون شفعة فلولم يقبل القسمة لم تكن شفعة ، أو ان الشفعة مطلقاً قبل القسمة ، أو لم يقبل المشهور ذهبوا الى الاول .

قال في مفتاح الكرامة : اشتراط قبول القسمة خيرة النهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والمهذب والوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وغاية المراد والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروضة ، وهو الظاهر من كشف الرموز وشرح الارشاد لولد المصنف والمهذب البارع ، ونفى عنه البعد في مجمع البرهان وهو المحكي عن علي بن بابويه، وعبارة ولده في المقنع كالمحكي من عبارتهما، وعليه المتأخرون كمافي الدروس وعليه الفتوى كمافي التنقيح ومذهب أكثر علمائنا كمافي التذكرة ، والمشهور كمافي مجمع البرهان ، وخصوصاً بين المتأخرين كمافي المسالك وأكثر المتأخرين كمافي جامع المقاصد .

والقول الثاني : مذهب السيد المرتضى وأبي المكارم وابن ادريس وأبي

علي والقاضي ، وحكاه فى الايضاح عن المفيد ، ونسبه في المفاتيح الى السيد والحلي وأكثر المتقدمين واختاره، وكأنه قال به أومال اليه في المسالك وفي الدروس ان القولين مشهوران، ولاترجيح فيه ، ولا في الكفاية، وفي الحدائق ان هذا الشرط ذكره جملة من المتأخرين كالعلامة في الارشاد، وأنكر عليه في التذكرة نسبتـه الى أكثر علمائنا وقال : ان شهرة المتأخريـن انما وقعت بعد العلاّمة ـ انتهى كلام السيد العاملي ـ ملخصاً .

وقد أخذ منه الجواهر في نقل الاقوال بتلخيص، استدل المشهور القائلون بانه يلزم في الشفعـة ان يكون قابلا للقسمة ، فاولم يقبل القسمة لم تكن شفعـة بالاصل، ودليل (لا ضرر)[1] وجملة من الروايات .

أما الاصل فلاصالة عدم الشفعة الا فيما خرج بالدليل، لان الشفعة تسليط على مال الغير، وهو خلاف ﴿ الناس مسلطون على أموالهم ﴾[2].

وأمّا دليل (لاضرر) فهو كما عن التنقيح ان نظر الشارع بالشفعة ازالة ضرر المالك بالقسمة لو أرادها المشتري، وهذا الضرر منتف فيما لايقسم فلا شفعة فيه .

أقول : ويدل على ماذكـره التنقيح ماتقدم من الحديث[3]، عن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم، حيث قال عليه السلام: قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء في الارضيـن والمساكـن. وقال : « لا ضرر ولا ضرار » وقال : اذا أرفت الارف وحدت الحدود فلاشفعة. فان ظاهره تعليل الحكم بالشفعة بدليل

(١) انظر : الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ ، وج ١٧ الباب ١٢ من إحياء الموات .
(٢) العوالي : ج ٢ ص ١٣٨ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

(لاضرر) والا لم يكن وجـه لذكر لاضرر هنا، خصوصاً وان بعده أيضاً حكم الشفعـة ، والا كان مجيء هذه الجملـة في وسط الحكمين غيرمناسب كماهو واضح .

وأما الروايات فهي ماتقدم عن السكوني[1] كمافي الكافي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قال رسول الله ﷺ: لاشفعة في سفينة ، ولا في نهر ، ولا في طريق. وزاد في الفقيه : ولا رحى ولا حمام . ومثل هاتيـن الروايتين غيرهما مماتقدم، حيث انه ليس المراد بها الواسعات القابلات للقسمة اجماعاً كمافي مفتاح الكرامة، فلم يبق الا ان يراد الضيقات، فيكون الباقي كذلك ، اذ لا قائل بالفصل، والضعف منجبر بماعرفت .

أما ما احتمل في الرياض من حمل الروايتين عن التقيـة تبعاً للمفاتيح ففيه مافي مفتاح الكرامة ، وتبعـه الجواهر ان القائل هنا بمقالـة المرتضى أبوحنيفة وأصحابه، وابن شريح والثوري ومالك في أحدي الروايتين عنه، وبعض هؤلاء هم الذين يتقى منهم الصادق عليه السلام، واستدل في الخلاف وغيره بمارواه العامة، عن جابر[2] ان رسول الله ﷺ قال : انما جعلت الشفعـة فيما لم يقسم ، فان انما يفيد الحصر والشفعة معرفة بلام الجنس ، وانها لاتدخل الا على مايمكن قسمته ويصح اتصافه بالقسمة ولوفي بعض الاوقات لانها تفيد نفي الماضي .

ولهذا يصح ان يقال : السيف لايقسم ، ولايقال: لم يقسم ، فالنفي بمعنى عدم الملكة، لا بمعنى السلب، وكأن الخلاف انما استدل بهذه الرواية العامية

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٨ من الشفعة ح ١ .

(٢) انظر : الخلاف ص ٢٦٥ (الطبعة الأولى) المسألة ١٦ من الشفعة ، وسنن البيهقي : ج ٦ ص ١٠٢ .

الزاماً لا احتجاجاً ، مع احتمال كونه احتجاجاً لتؤيده للروايات الواردة من طرقنا كقول أحدهما عليه السلام في مرسل جميل[(١)] الشفعة لكل شريك لم تقاسمه، وفي عدة أخبار أخر الشفعة لاتكون الا لشريك ام تقاسمه .

وكأنه لذا رجع عن اشكاله على المشهور صاحب الحدائق، حيث قال : بعد ذكر أدلة المشهور ، وأنت خبير بانه لا دلالة فيها على ذلك، اذ لاتعرض فيها لذكر القسمة وعدمها، وكأنهم بنوا على ان العلة في النفي فى هذه الافراد انما هي من حيث عدم قبول هذه الاشياء القسمة .

وفيه: ان هذه علة مستنبطة لايجوز العمل عليها عندنا، نعم يمكن الاستدلال عليه بمافي رواية عقبة بن خالد[(٢)] من قوله عليه السلام: اذا رفت الأرف وحدت الحدود فلا شفعة ، وفي معناها روايات أخر ، فان ظاهرها انه لاشفعة الا فيما يقع فيه الحدود، وتضرب له الطرق ويقع فيه السهام .

وكيف كان ، فالمسألة لايخلو من الاشكال والقدر المعلوم جواز الشفعة فيه هوماوقع عليه الاتفاق مماقدمنا ذكره وماعداه فهو محل توقف واشكال ـ انتهى ملخصاً .

أما غير المشهور ، فقد أجابوا عن أدلة المشهور بأن الاصل ليس بأصيل حيث يوجد الدليل، والدليل هو بعض المطلقات السابقة، بالاضافة الى اجماع المرتضى في الانتصار، حيث أدعى ثبوت الشفعة حتى فيما لايقسم .

وأما الاستدلال بدليل لاضرر، فعن الرياض انه في غاية الضعف، وقد فصل الكلام فى ذلك ، ويمكن ان يقال فى وجهه انه دليل مشترك فكل من الشفعة

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٣ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٥ .

وعدمها ضرر على طرف، فلايمكن الاستدلال به لاحد الطرفين، خصوصاً وان قول الرسول بالشفعة فى الارضين والمساكن[(١)] شامل للضيق وغير الضيق، فكما لاتقييد في الارضين والمساكن، كذلك لاتقييد في غيرهما .

ويمكن أن يكون المراد بالروايات الخاصة ماتقدم فى رواية الدعائم،[(٢)] عن الصادق عليه السلام، انه قال: لاشفعة فى بئر ولانهر، ولاشفعة الا أنيكون مع شيء من ذلك أصل الارض لمتقسم .

وكيف كان، فالادلة الخاصة من الطرفين متكافئة ، والشهرة لاتصلح مستندة فالامر دائر بين بعض الاطلاقات والعمومات المتقدمة، وبين الاصل كقوله عليه السلام الشفعة جائزة أو واجبة في كل شيء[(٣)] .

وقوله عليه السلام: الشفعة فى البيوع اذا كان شريكاً فهو أحق بها من غيره بالثمن وغيرهما[(٤)] .

وحيث انالاطلاقات والعمومات مقدمة على الاصل، كان قول غيرالمشهور أقرب الى الصناعة، وانكان الاحتياط لاينبغي تركه .

وبذلك ظهر ، انـه لايبقى مجال لماذكره المسالك وغيره فى تفسير عبارة الشرائع حيث قال: ونعني بالضرر الى آخره: المراد من الضرر الرافع للاجبار على القسمة عند المصنف، انه هو المبطل لمنفعة المال أصلا على تقدير القسمة بأن يخرج عن حد الانتفاع لضيقه، أو لقلة النصيب ، أو لان أجزائه غيرمنتفع

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٨ من الشفعة ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٢ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .

بها، كالأمثلة المذكورة ، الا اذا كانت بالغة فى الصغر هذا الحد فلوبقى للسهم بعد القسمة نفع مايثبت الشفعة وللضرر، تفسير آخر : وهو ان ينقص القسمة قيمة المقسوم نقصاناً فاحشاً، وثالثاً وهو أن يبطل منفعته المقصودة قبل القسمة، وان بقيت فيه منافع غيرها كالحمام والرحى اذا خرجا بالقسمة عن صلاحية الانتفاع بهما فى الغسل والطحن على الوجه الذي كان أولا، وفي الوسط قوة ومحل تحقيقه باب القسمة، وذكره هنا بالعرض ـ انتهى .

أقول: ويمكن أن يتصور وجوه أخر للضرر كأن يأخذ الظالم الضريبة عن المقسوم دون غيره، كماهو المتعارف الان، أو ان يوجب القسمة انفراد كل بملكه ممايمكن الظالم على التسليط على انتزاعه منه، بينما اذاكانا معاً لم يتمكن الظالم من ذلك الى غيرها .

ومما تقدم ظهر، وجه النظر في قول الدروس :لواشتملت الارض على بئر لا يمكن قسمتها ، وأمكن ان تسلم البئر لاحدهما مع قسمة الارض تثبت الشفعة في الجميع ، قيل: وكذالوأمكن جعل أكثر بيت الرحى موازناً لمافيه الرحى ويلزم منه انه لواشتملت الارض على حمام ، أوبيت ضيقين ، وأمكن سلامة الحمام، أوالبيت لاحدهما أمكن ان تثبت ، وعندي فيه نظر بالشك في وجوب قسمة ماهذا شأنه ـ انتهى .

فانه لاوجه للتفصيل المذكور بعد ان عرفت ان مقتضى القاعدة اطلاق دخول الشفعة ،كما ان مثله في وجه النظر مافي القواعد حيث قال : فلوانتفى الضرر بقسمة الحمام ثبتت الشفعة ، وكذا لوكان مع البئر بياض أرض بحيث تسلم البئر بأحدهما ، أوكان في الرحى أربعة أحجار بئر يمكن ان ينفرد كل منهمابحجرين ، أوكان الطريق واسعاً لاتبطل منفعته بالقسمة ، ولوضم المقسوم،

أومالا شفعة فيه الى مافيه الشفعة ثبتت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن-انتهى.

فانه وان حكى في مفتاح الكرامة فرعه في الحمام عن المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها ، وحكى فرعه في الرحى عن المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وفرعه في الطريق عن الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية الاان الجميع مبني على التفصيل المذكوربين قابل القسمة وعدمه ، وحيث يرتفع الاصل يرتفع الفرع .

نعم ، لاينبغي الاشكال على قولهم فيما كان الحمام في الدار ،كما هو المتعارف الان ، فان الشفعة آت في الدار وبتبعه الحمام ، لان الحمام تبع ، ومرادهم بالحمام الحمام المستقل .

كما انه لوكان الحمام ذاطابقين حمام فوق وحمام تحت، كما يتعارف الان في بعض الحمامات العمومية ، فان كلامهم في الشفعة آت فيه أيضاً ، وهكذا حال الرحى اذاكان منصوباً في البيت ، أوذا طابقين ، وكذلك في الطريق الذي يكون في طابقين، فان دليلهم في منع الشفعة لايأتي في تلك ، وان كانت ضيقة، ومثل الدار وغيرها الدكان ، لشمول بعض الاطلاقات المتقدمة له ، وكذلك حال المعمل والمصنع والمطار وموقف السيارات ونقطة المحطة للقطار وغيرها، لعموم الحكم في الجميع .

بل وكذا ينبغي ان يكون حال موقف السفن في البحر اذا أحرزه انسان فاشترك معه آخر، أواحرزاه ، أوحصلاه بسبب آخر من أسباب النقل ، وهكذا حال أشباه ذلك كالمدرسة والميتم ودار العجزة والمطبعة والمكتبة والمستوصف والمستشفى والمختبر والصيدلية وغيرها .

أما اذاكان ماء البئر أوالنهر أوالبحر أوماء العين أوالمعدن بدون الأرض فلاشفعة ، لعدم شمول الأدلة له بعدكون أصل السلطنة تقتضي عدمها والمسكن في الفضاء لوفرض حصوله (كماهو بنائهم في المجمعات الفضائية وتحت البحر مما يسمى مسكناً) يقتضي ان يكون الحكم كذلك فيه أيضاً ، وحيث قد تقدم حال ماكان الارض وقفاً :

فمن ذلك يظهر، حال مابنى في المشعر كبعض البيوت المبنية في منى .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع . وفي دخول الدولاب والناعورة في الشفعة اذا بيعا مع الارض تردد ، اذليس من عادته ان ينقل .

وفي القواعد : وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان العادة بعدم نقله ، وأضاف في مفتاح الكرامة ، ومن انه منقول في نفسه ، ولذلك تردد في الشرائع والكفاية ، والاصح الدخول كما هو خيرة التحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك لتناول اسم الدار والحمام والبستان له اذا كان من جملة المرافق كتناوله للابواب المثبتة عادة مع قبولها للنقل عادة .

ثم قال: وموضع التردد والخلاف ماذا بيع مع الارض كما هو المفروض في الشرائع ، وما ذكر بعدها ، وأما اذا بيع وحده فلا بحث ، ولا اشكال في عدم ثبوت الشفعة فيه ، بناءاً على عدم الثبوت فيما ينقل كما في جامع المقاصد والمسالك ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة هو ماذكره في كلا الفرعين ، أي دخول الشفعة مع البيع منضماً ، وعدم الدخول مع البيع منفرداً .

ولذا قال في الجواهر : فما عن التذكرة من ان الاقرب عدم الدخول لا يخلو من نظر .

أقول : ومنه يعلم ، حال ماذا بيع مع بعض الدار لامع البعض ، كما اذا باع السرداب الذي فيه البئر ذات الدولاب مثلا ، وكذلك اذا باع قطعة من البستان التي فيها الناعورة .

كما يعلم، حال ماذا باع البستان الذي فيه المضخة للماء، أوباع المضخة وحدها ، أو باع بعض البستان معها لوحدة الملاك في الجميع .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر :كما لاخلاف ولااشكال بينهم فى

انه لاتدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء في الشفعة ، لانه من المنقول كالدلاء بنفسها الاعلى القول بعموم الشفعة في المبيعات .

وقد سبق مفتاح الكرامة والجواهر حيث قال عند قول العلامة : ولاتدخل الحبال التي تركب عليها الدلاء كما في الشرائع وغيرها .

وفي مجمع البرهان : يمكن عدم الخلاف فيه ، لانها منقولة حقيقة كما هو ظاهر ، بناءاً على عدم الثبوت فيما ينقل ـ انتهى .

لكن ربما يستشكل في ذلك اذا كان مما لايعد منقولا ، فحال الحبال حال العريش في البستان ، ولذا كان الظاهر دخوله في البيع أيضاً الا اذا كانت قرينة على الخلاف ، ولانقول به في الشفعة من باب التلازم مع البيع ، وانما نقول به في الشفعة من باب شمول الادلة له ، اذ أي فرق بين الرفوف القابلة للحمل والنقل، لكونها تعد جزءاً من الدار ، وبين مثل الحبال ومثل الحبال حال الكر الموضوع في البيت الذي يعد جزءاً من البيت على ماتقدم في القدور المثبتة.

وكذلك حال الاسلاك الكهربائية والأسلاك والحبال التي تمد لاجل نشر الثياب ونحوها عليها اذا كانت ثابتة ، وكذلك الحواجز من الشمس والمطر ونحوهما ، وكذلك حال عداد الماء وعداد الكهرباء، الى غير ذلك من الأمثلة.

قال في الشرائع مازجاً مع الجواهر : ولااشكال في انه لاتثبت الشفعة في الثمرة مؤبرة كانت أو لا ، وان بيعت على رؤس النخل أو الشجر منضمة الى الاصل والى الارض ، لانها قد صارت من المنقول ، اذ لايراد دوامها ، وانما لها أمد معين منتظر فليست هي من التوابع الثابتة، ولاداخلة في مفهوم البستان ولذا لاتدخل في بيع الأصل بعد ظهورها ـ انتهى .

وقال في القواعد : ولافي الثمرة ، وان بيعت على شجرها مع الارض ،

وفي مفتاح الكرامة نقلـه عن الخلاف وفقه الـراوندى والشرائع والتذكـرة والتحريـر والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية .

وفي المسالك : انـه أشهر والمخالف الشيخ في المبسوط : قال : تثبت في الزرع والثمار اذا دخلت في المبيع بالشرط ، وبه قال أبو حنيفة ومالك ، ونظر الاصحاب الى الاصل، وانها صارت بحكم المنقول، وفي معناها الزرع كما صرح بـه في الخلاف ، وفقه الـراوندي والتذكرة والتحرير وجـامع المقاصد والمسالك وغيرها .

أقول : لااشكال انه اذا باع الثمرة وحدها أو الزرع وحده أو الزوائدعلى الشجر أو المـاء في البئر أو في النهـر أو الحيوانات الموجودة في الارض التي تنتفع بها كالدود في البستان ونحوه لم يكن فيها شفعة .

كما انه اذا بـاع الاصول وحدهـا مع الأرض أو الارض ، لم يكن في المذكورات شفعة ، أما اذا باع البستان أو الدار، فالظاهردخول الثمروالزرع والديدان وماء البئر والنهر ونحوها ، وان هذا هو المنصرف من الادلة،فالقول بعدم الدخول مشكل ، والاستدلال بأنها قد صارت من المنقول كما تقدم غير ظاهر الوجـه ، وهل يقولون بعدم دخول مـاء البئر والنهر وزوائـد الأشجار ونحوها ؟ فان قالوا بعدم الدخول ، كان خلاف ظاهر أدلة الشفعة حسب تلقي العرف من الالفاظ الواردة فيها ، وان قالوا بالدخول قلنا ماالفرق بينالامرين.

وكذا الحال في الفسيل المعد للقلع والزهر كذلك .

أما اذا قلع الفسيل والزهر أو أخذ الماء مثلا في أوان أو قطف الثمر أو

قطف الزهر أو ماأشبه ، فلاينبغي الاشكال في عدم دخولها في الشفعة .

ثم انه لاشفعة في الارض المقسومة وكذلك غيرها من المقسومات ، نعم يحكى عن العماني القول بذلك .

وفي الجواهر : يمكن دعوى انه مسبوق بالاجماع وملحوق به ، مضافاً الى الاصل والنصوص المستفيضة أو المتواترة المروية من طريقي العامة[1] والخاصة[2] ـ انتهى ، كقوله عليه‌السلام : لاشفعة الا لشريك غير مقاسم[3]. الى غيره من متواتر الروايات التي تقدمت جملة منها .

ولعل مستند العماني مارواه الغوالي[4] ، عن قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة عن النبي صلى‌الله‌عليه‌وآله ، انه قال : جار الدار أحق بدار الجار والارض .

وعن مجموعة الشهيد[5] ، عنه صلى‌الله‌عليه‌وآله مثله ، الا انه أسقط قوله : والارض .

لكن أمثال هذه المراسيل لاتصلح سنداً للحكم، خصوصاً وانفي الطريق مثل قتادة والحسن وسمرة .

---

(١) انظر : السنن الكبرى : ج ٦ ص ١٠٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٧ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٣ ح ٢ .

(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ح ١٥ .

(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ذيل الحديث .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع : وتثبت في الارض المقسومة بالاشتراك في الطريق أو الشرب اذا بيع معها ، ولو أفردت الارض المقسومة بالبيع لم تثبت الشفعة في الارض .

وقال في المسالك : مذهب الاصحاب الا ابن أبي عقيل اشتراط الشركة بالفعل في ثبوت الشفعة ، فلايثبت بالجوار، ولافيما قسم، لما تقدم من الاخبار وغيرها ، واستثنوا منه صورة واحدة، وهي ماإذا اشترك في الطريق أو الشرب ، وباع الشريك نصيبه من الارض ونحوها ذات الطريق أو الشرب وضمهما أو أحدهما اليها ، فان الشفعة تثبت حينئذ في مجموع المبيع ، وان كان بعضه غير مشترك .

ولو أفرد الارض أو الدار ذات الطريق أو الشرب بالبيع من دون أن يضمهما أو أحدهما اليهما فلاشفعة ، ولو عكس فباع نصيبه من الطريق أو الشرب خاصة تثبت الشفعة فيه اذا كان واسعاً يمكن قسمته منفرداً ، لانه حينئذ مستقل بنفسه فيعتبر فيه مايعتبر في الشقص المشفوع ، بخلاف ماإذا كان منضماً الى غيره ـ انتهى .

وفي الجواهر: بلاخلاف أجده فيه كما اعترف به بعضهم، بل في محكي الخلاف الاجماع عليه ، وان كان قد اقتصر على الطريق كالمقنع والمهذب والوسيلة ، تبعاً لما تسمعه من النص ، والا فأكثر الفتاوى على عدم الفرق بينه وبين النهر والساقية ، وفي بعضها التعبير بالشرب ، بل في آخر التصريح بالبئر وظاهرهم الاتفاق على عدم الفرق بين الدار والبستان ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة ، عند قول العلامة : ولافيما قسم وميز الا مع الشركة في الطريق أو النهر اذا ضمهما البيع قال : كما في المقنعة والنهاية والمبسوط

والكافي والمراسم وفقه الراوندي والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة وشرح الارشاد للفخر والدروس واللمعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح والرياض .

وفي الاخيرين انه لاخلاف فيه ، وهو كذلك ، الى أن قال : والاجماع معلوم على الحاق الشرب والنهر والساقية به ، ولعله لان المناط منقح ، اذ لا فرق في ذلك بين الدار والبستان وبين الطريق والنهر ـ انتهى .

والاصل في ذلك صحيح منصور بن حازم[1] (ووجود ابراهيم بن هاشم قد ذكرنا في بعض كتبنا الفقهية ، تبعاً للفقيه الهمداني وغيره انه لايجعل الرواية حسنة، ولعله لذا عبر عنه في الحدائق بالصحيح أو الحسن بابراهيم بن هاشم) قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام ، عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة الدار فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركائه في الطريق أن يأخذوا بالشفعة ؟ فقال : ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلاشفعة لهم ، وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة .

وربما أيد أيضاً بحسنه[2] الآخر بالكاهلي (كما سماه الحدائق حسنة ، خلافاً للمحكى عن العلامة في التذكرة وآخرون ممن تبعوه منهم الشهيد الثاني في المسالك ، حيث سموها صحيحة ، وفي الجواهر : لعله كذلك: أي صحيح) قلت لابي عبدالله عليه السلام : دار بين قوم اقتسموها فأخذ كل واحد منهم قطعة فبناها وتركوا بينهم ساحة فيها ممرهم فجاء رجل فاشترى نصيب بعضهم ، أله ذلك ؟

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح ٢ .

قال : نعم ، ولكن يسد بابه ويفتح باباً الى الطريق ، أو ينزل من فوق السطح ويسد بابه ، فان أراد صاحب الطريق بيعه فانهم أحق به والا فهو طريقه يجيء حتى يجلس على ذلك الباب .

وفي التهذيب والاستبصار[1] كما في الوسائل نحوه ، الا انه قال : أو ينزل من فوق البيت ، فان أراد شريكهم أن يبيع منقل قدميه فهم أحق به، وان أراد يجيء حتى يقعد على الباب المسدود الذي باعه لم يكن لهم أن يمنعوه .

قال في الوسائل: حمله الشيخ على التقية ، لما يأتي من عدم ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء ، وجوز حمله على وحدة الشريك ، ويكون الكلام مجازاً .

وفي الرضوي عليه السلام[2] : فاذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصة واحدة فباع رجل داره منها من رجل كان لصاحب الدار الاخرى شفعة اذا لم يتهيأ له أن يحول باب الدار التي اشتراها الى موضع آخر ، فان حول بابها فلاشفعة لاحد عليه .

قال في الحدائق : والظاهر ان قوله : اذا لم يتهيأ له أن يحول الى آخره كناية عن دخول الطريق في البيع وعدمه بمعنى انه ان باع الدار وحدها من غير دخول الطريق معها ، فلاشفعة ، لما عرفت من عدم موجب الشفعة ، وان أدخل الطريق في البيع وعدم امكان طريق له غير ذلك فله الشفعة في الجميع — انتهى .

ومثل الرضوي عليه السلام عبارة المقنع[3] التي هي أيضاً متون الروايات ، وقد

---

(١) الاستبصار : ج ٣ ص ١١٧ ، ورواه في الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٤ ح ٣ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح ٢ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح ٣ .

أشكل صاحب المسالك في الصحيحة الثانية أو الحسنة[(١)] لمنصور بن حازم قائلا: وظاهر هذه ان بائع الدار لم يبع نصيبه من الساحة المشتركة ، فلذلك أمر أن يسد بابه ويفتح له باباً الى الطريق ، أو ينزل من فوق البيت ، ولم يذكر الشفعة حينئذ لعدم مقتضيها .

ولو فرض بيعه لحصته بالعرصة التي هي الممر جاز للشركاء أخذها بالشفعة لتحقق الشركة فيها دون الدار ، لانه لم يبعها معها ـ انتهى .

ومنه يعرف، وجه الأشكال في الموثقة الثالثة لمنصور، وقد تبعه الجواهر في الاشكال على الروايتين بعدم دلالتها على المقصود .

ثم ان مفتاح الكرامة قال: ان اطلاق الاخبار يقتضي بعدم الفرق في ثبوت الشفعة بين كون الدار، وما في معناها مقسومة بعد ان كانت مشتركة أو منفردة من أصلها ، وبعدم الفرق صرح في التذكرة والمسالك و الروضة و الكفاية و الرياض وهو ظاهر المقنع والنهاية والمبسوط والخلاف والمهذب وفقه الراوندي والغنية والسرائر والتبصرة والمفاتيح ـ انتهى .

وذلك لان السؤال وان كان شخصياً ، الا أن جواب الامام عليه السلام بالاطلاق يقتضي أن لايكون هناك فرق بين الامرين .

ومنه يعلم وجه النظر في تخصيص جماعة من الفقهاء بما اذا كانت الارض مقسومة مع الأشتراك في الطريق كما حكي عن الوسيلة والشرائع والنافع والتحرير في موضع منه والأرشاد والمختلف والدروس واللمعة والقواعد .

ثم انه يستفاد من الصحيح[(٢)] المذكور ، ان الحكم كذلك فيما اذا باع أحد

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ من الشفعة ح ١ .

الشريكين أوالشركاء بعض حصته في الدار الواحدة ، أوالبستان الواحد مثلا، كما اذا كان للشريكين دار فباع أحدهما نصف حصته (أي الربع مثلا) أذ لو كان بيع المشفوع وغير المشفوع يوجب حق الشفعة يكون بيع بعض المشفوع موجباً لها بطريق أولى بالاضافة الى لاضرر وبعض الاطلاقات كما انه يقتضي أن يكون الحكم كذلك ان باع أحد أصحاب الدور بعض داره مع بعض الطريق.

ومما تقدم يعلم، ان اشكال جامع المقاصد في الرواية بأن ضم غير المشفوع الى المشفوع لايوجب ثبوت الشفعة في غير المشفوع اتفاقاً، وان الصحيحة معارضة بروايات لاشفعة الا لشريك غير مقاسم[1] وما أشبه، غير ظاهر الوجه، لانه لااتفاق في المقام، بل الظاهر كون الاتفاق على خلافه، والعام لايعارض الخاص، ولذارده المسالك ومفتاح الكرامة والجواهر، بل في المسالك: ان كلامه عجيب.

قال في مفتاح الكرامة: وتبعه الجواهر، وليس في الروايات تعرض لكون الطريق مما يقبل القسمة، فقد شرط ذلك في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والروضة ، وكذلك المسالك اذا بيعت منفردة .

وفي جامع المقاصد : انه لاريب فيه ، قلت : لانـه يشترط ذلك فـي كل مشفوع على المشهور ، ثم رد ذلك بقوله : فيه مع مخالفته للاطلاق ان قبول القسمة شرط للمجموع ، لا لابعاضه .

وفي الكفاية والرياض : ان الاقوى عدم اعتباره مطلقاً .

وقال فـي التذكرة : الاقرب عندي ان الطريق ان كان مما يمكن قسمته ، والشريك واحد وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة فللشريك الاخر أخـذ

---

(١) انظر : الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٣ من الشفعة .

الطريق خاصة ان شاء ، وان شاء أخذ الجميع ، وان لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة ، بل أما أن يأخذ الجميع ، أو يترك، انتهى.

لكن كون الشريك واحداً خلاف ظاهر النص، بل صريحه ، ولذا فلا يبعد ان يقال : ان هذا قسم جديد في الشفعة ، فلا يشترط فيه ما يشترط هناك ، فحمل الشيخ[(١)] الرواية على التقية ، لعدم ثبوت الشفعة مع تعددالشركاء وجوز حملها على وحدة الشريك ، فيكون الكلام مجازاً ، غير ظاهر الوجه .

وكيف كان ، فلا وجه ظاهر لاشتراط كون الطريق قابلا للقسمة ، بالاضافة الى ما عرفت سابقاً من ان هذا الشرط ليس له مدرك يطمئن اليه من الاخبار ، وان كان مشهوراً في كلامهم .

ثم انه حيث كان الظاهر من روايات الشفعة ان للشفيع ان يأخذ الجميع، أو يترك الجميع ، فهنا أيضاً كذلك ، فاذا باع الدار مع الطريق فللشفيع ، أما ان يأخذهما أو يتركهما ، أما أن يأخذ أحدهما دون الاخر ، فليس لذلك وجه اذا لم يرض المشتري ، ثم الظاهر اذا كان البيع واقعاً على الدار والطريق لم يفرق الامر بين ان تكون الدار مشتركة بين اثنين ، والطريق بين ثلاثة أو بالعكس .

أما اذا كانت الدار مشتركة ،والطريق لاحدهم فباع داره وطريقه فلا شفعة اذ لاشتراك في شيء مبيع ، وانما كان منح اهم مثلا بالعبور في طريقه،أو كان لهم الحق في العبور لوجه آخر .

ومما تقدم ظهر وجه النظر في تردد مفتاح الكرامة ، حيث قال : يبقى الكلام فيما اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين ، ومجازها مشترك بين ثلاثة ،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٤ من الشفعة ح ٣ .

ففي ثبوت الشفعة وعدمها وجهان ، من دخول المجاز في مفهوم الدار في البيع من غير خلاف ، فقد بنوا على ذلك في الباب أحكاماً كثيرة ، وانها على خلاف الاصل فلا تثبت الشفعة ، ومن حصول الضرر بالقسمة الذي هو الاصل في ثبوت الشفعة ، وهو محل وفاق بين الخاصة والعامة الامن المرتضى ، وبه صرح خبر عقبة[(١)] وقولهم عليهم السلام : لاشفعة الا اشريك غير مقاسم[(٢)] فتثبت ، ولم أجد لاصحابنا تصريحاً بذلك ، والمسألة محل توقف ، لكننا ان لم نقل بها ذهبت الشفعة آخر الدهر في الدور التي في الطريق المرفوع ، مع انه هو الغالب ولهم ان يلتزموه ولاحجر في ذلك ـ انتهى .

ثم انه اذا اشترى هذا الانسان بعض الدور من أحدهم ، وبعض الطريق من الاخر فالظاهر انه لاشفعة ، وان كان المناط المذكور في الرواية قائماً هنا، الا انه غيرمتيقن بحيث يقطع بالحكم .

ثم انه قال في التذكرة : ولو كانت المزرعة مختصة وبئرها التي يستسقى الزرع منها مشتركة فبيعت المزرعة والبئر ، ففي ثبوت الشفعة في المزرعة بمجرد الشركة في البئر اشكال ينشأ من الاقتصار على مورد النص فيما يخالف الاصل ، ولاشك في مخالفة الشفعة للاصل ، ومن انها مشتركة في المستقى والشافعي ألحق الشركة في البئر بالشركة في الممر ـ انتهى .

والظاهر انه مالم يقطع بالمناط لم يمكن ان يقال به ، ومثله لوكانت الدور مشتركة في عداد الكهرباء مثلا ، أوفي انبوب الماء ، أونحو ذلك .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

(٢) الكافي : ج ٥ ص ٢٨١ باب الشفعة ح ٦ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ٢ .

ولذا أشكل في الجواهر على التذكرة ، حيث قال : لايخفى عليك ما في الوجه الثاني بعد فرض عدم الدايل عليه ، بل مطلق الشرب ان لم‌يكن اجماعاً، ولم نتحققه،خصوصاً بعد ما سمعته من الاقتصار على الطريق في الكتب السابقة، ومن ذلك يعلم ، عدم ثبوتها في الدار بالشركة في اس الجدار ونحوه، للاصل المعتضد بظاهر النص والفتوى ، وان ثبتت فيه نفسه ـ انتهى .

ومنه يعلم ، ما اذا كانت الشركة في حائط في الدار مثلا ، أونحو ذلك، أما اذا باع الدار وبعض الطريق ، أوبعض الدار وكل الطريق المختص به ، فلايبعد ثبوت الشفعة لظهور المناط .

وان قال في‌الجواهر : ان‌المتجه بملاحظة ماذكرناه من اصالة عدم الشفعة، وخصوصاً في صورة الاشتراك في الطريق الحكم بعدمها في‌محال الشك حتى لو فرض حصوله ببيع بعض الدار مثلا ، وبعض الطريق ونحوه من الصور ، حيث لايحكم بها بأعتبار كون المنساق من النص بيع الدار مع تمام ممرها ، الا ان يفرض القطع بعدم مدخلية ذلك ، أو الظن على وجه معتد به ـ انتهى .

اذ الظاهر ان العرف يفهم وحدة المناط ، ولافرق في ذلك بين ان يكون البيع نقداً أونسيئة، أوبعضها نقداً وبعضها نسيئة،كما لافرق بين ان يكون البائع معتقداً بالشفعة أولا ؟ اذا كان المشتري والشريك معتقداً بهاكما تقدم .

أما اذا اختلفا في الاعتقاد ، فاللازم مراجعتهما الى قاض‌يحكم برأيه وهو منفذ عليهما ، ولـو كانا كلاهما مجتهدين ، وكان للقاضي رأى ثالث فـي بعض الخصوصيات كما ذكرناه في [كتاب القضاء] وغيره .

والظاهر انه لاخصوصية فـي الطريق ان تكون منبسطة ، فلوكان الطريق درجاً يشتركان فيه ، ويشرع بابهما على‌الدرج ،كان الحكم كذلك ، ومثل الدار

في الحكم المذكور اذاكان هناك دكانان لهما طريق واحد،أوكان هناك غرفتان ، أو سردابان ، أوما أشبه، ولهما مصعد ينزلهما الى تحت، فانه أيضاً كالدرج نوع من الطريق .

لكن اذا كانت الدار ان على بحر ، وطريقهم في العبور سفينة مشتركة بينهما يشكل سحب الحكم اليه ، اللهم الا ان يفهم المناط ، خصوصاً بمعونة لاضرر،ولايبعد انيكون الطريق المائي الموجود بين البيوت الخشبية الموضوعة على الماء كما يتعارف في البلاد التي تضيق المدن بسبب البحر على أهلها ، حيث يجعلون فيها البيوت الخشبية كالهند وغيرها محكوماً بذلك الحكم ، اذ لاخصوصية للطريق الترابي ، والانصراف بدوي ولو قيل به أمكن استفادة الحكم من المناط .

ثم ان المشهور هنا حمل الصحيحة على أحد امرين : أما على التقية في ثبوت الشفعة مع تعدد الشركاء أكثر من الاثنين ، وأما على حمل الجمع على الاثنين ، وذلك لمنافات الصحيح للروايات[1] التي تقدمت بعضها ويأتي الكلام فيها مما تدل على عدم ثبوت الشفعة في أكثر من اثنين ، فالمحكى عن الشهيد في الدروس أنه أجاب عن روايتي[2] منصور بالحمل على التقية قال :لموافقتهما لمذهب العامة ، وأستجوده الحدائق .

وقال : ويمكن الجواب أيضاً بحمل الجمع على الاثنين ، فانه وان كان

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ١ ح ١ و ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١ و ٢ .

مجازاً على المشهور بين الاصوليين الا انه لابأس به في مقام الجمع بين الاخبار واليه يميل كلام المحقق الاردبيلي في شرح الارشاد، ونقله أيضاً عن الاستبصار .

قال : فانه يصح اطلاق الجمع على الاثنين ، بل على الواحد كالقوم ، وان كان مجازاً للجمع بين الادلة ، ثم ذكر الحمل على التقية أيضاً ، ثم قال الحدائق : ويؤيده ما قدمنا نقله من كتاب الفقه الرضوي عليه السلام[1] ، حيث ان ظاهر عبارته كون الشريك في هذه الصورة المفروضة في هذين الخبرين واحداً ، كما قدمنا الاشارة اليه ـ انتهى .

لكن لايخفى ان التخصيص مقدم على الحمل على التقية أو المجاز وما أشبه لانه مقتضى الجمع عرفاً خصوصاً الصحيح[2] صريح في مفاده بتعدد الشركاء .

أما رواية الرضوي عليه السلام[3] فهي هذه: فاذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصة واحدة، فباع رجل داره منها من رجل، كان لصاحب الدار الاخرى شفعة اذا لم يتهيأ له ان يحول باب الدار التي اشتراها الى موضع آخر ، فان حول بابها فلا شفعة لاحد عليه .

وهذه العبارة ليست كما ذكرها الحدائق صريحة في عدم كثرة الشركاء ، بل لعل ظهورها في التعدد كما في صدرها أقوى من ظهورها في الاثنينية، نعم لاشك انه المشهور .

قال في التذكرة: الاقرب عندي ان الطريق ان كان مما يمكن قسمته والشريك واحد وبيع مع الدار المختصة بالبائع صفقة، فللشريك الاخر أخذ الطريق خاصة

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ٢ .

ان شاء ، وان شاء أخذ الجميع ، وان لم يمكن قسمته لم يكن له أخذه خاصة ، بل أما أن يأخذ الجميع أو يترك .

وأيده الجواهر[1] بقوله: وربما ظهر مما سمعته من التذكرة من وحدة الشريك اعتبار ذلك في صحة الشفعة في الفرض ، بناءاً على عدم ثبوتها في الكثرة ، ولعله كذلك ، وان تردد فيه بعض المعاصرين، لكنه في غير محله ، لما تسمعه من الادلة باعتبار ذلك في الشفعة ، من غير فرق بين الفرض وغيره ، ودعوى ظهور سؤال الصحيح المزبور في التعدد ، مضافاً الى معروفية ذلك في الطرق المرفوعة واضحة الفساد، يمكن ان يكون ترك التعرض للسؤال المزبور للتقية كما في غيره من النصوص الظاهرة في ذلك ، أو على المجاز جمعاً بينه وبين ما دل على عدمها مع الكثرة وتعارف التعدد في الطرق المرفوعة لايقتضي ثبوت الشفعة فيها كما هو واضح .

واحتمال خروج الفرض بخصوصه عن حكم الكثرة في غاية البعد ، خصوصاً بعد اطلاق الاصحاب ، من دون اشارة الى استثنائه كما ستعرف — انتهى .

فان فيه : ما تقدم من الاشكال في كل من التقية والمجاز والمعارضة بأخبار اشتراط الاثنينية .

والحاصل : ان مقتضى الصناعة لولا الشهرة هو القول بذلك مع تعدد الشركاء ، خصوصاً بعد تعارف التعدد في الطرق المرفوعة ، فانه كثيراً ما يموت المورث ويقسم الورثة داره بينهم ويبقى الطريق للجميع واحداً ،فعدم

---

(١) الجواهر : ج ٣٧ ص ٢٦٣ .

التنبيه في الصحيح[1] على ذلك مع التعارف ، بل وصراحته في التعدد يوجب ان يكـون الحكم كذلـك حتى مع التعدد الا ان خلاف المشهور مشكـل ، وسيأتي بعض الكلام في ذلك في باب الشروط ، انشاء الله تعالى .

ثم انه يؤيد وجود الشفعة بين الجماعة في المقام المذكور ما رواه الدعائم[2] عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال: لاشفعة الا في مشاع ، أو ما كان من طريق مشترك أو حائط معقود بخشب أو حجارة أوما أشبه ذلك من البناء ، ولاصحاب الزائقة غير النافذة على بعض باشتراط الزائقة ، فان قوله عليه السلام: ولاصحاب الزائقة ظاهر في التعدد أكثر من الاثنين .

ثم ان الجواهر قال : ظاهر المعظم الحاق الشرب بالطريق في الحكم المزبور وان كنا لم نجده في نصوصنا ، بـل ولا في نصوص العامة ، فـان كان اجماعاً ، والا كان محلا للاشكال ، خصوصاً بعد ما عرفت من اصالة عدم الشفعة في غير الفرض ، فضلا عنه .

وعلى الاول : ينبغي الاقتصار على النهر والساقية ، لانه المتيقن منه ، كما عساه يومي اليه تعبير المصنف به هنا ، ثم نفاها بعد ذلك عن المقسوم الا مع الشركة في الطريق ، والنهر ، كما انه في التذكرة جعل العنوان النهر والساقية ـ انتهى .

أقول : الدليل على ذلك ، بالاضافة الى لاضرر[3] المصرح به في النصوص والاجماع المحتمل ، والشهرة المحققة ، ملاك الطريق ، فكما ان ملاك الدار

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

يتعدى منه الى البستان ، كذلك ملاك الطريق يتعدى منه الى الشرب .

ويؤيده مارواه الدعائـم [(١)] ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : لاشفعة الا في مشاع ، الى أن قال : فاذا وقعت القسمة لم يكن بين صاحب العلو وصاحب السفل شفعة ، الا أن يكون بينهما شيء مشترك ، فان عموم قوله : شيء مشترك. يشمل الشرب أيضاً .

وقد نقل في مفتاح الكرامة عن المفاتيح والرياض انه لاخلاف فيه ، عند قول العلامة الا مع الشركة في الطريق ، أو النهر اذا ضمهما البيع ، ثم قال : ولعلهم انماتركوا الشرب لعدم التعرض فيالاخبار الا للطريق، لكن الاجماع معلوم على الحاق الشرب والنهر والساقية به .

ومن ذلـك يظهر وجـه النظر في اقتصار الجواهر على النهـروالساقية ، اذ الاجماع ونحوه أيضاً في غيرهما .

نعم يمكن الاشكال في مثل البئر المشتركة بين الدور ، كما هو المتعارف في البيوت في القرى والارياف ، حيث يحفرون بئراً في وسط دارين، أودور يكون استقائهم منها،وكذلك فيالبساتينالمتعددة اذا كان المستقىبئراًأوناعوراً أو دلاءاً أوماأشبـه ، لان الاجماع غيرمحقق ، والدليل غيرشامل، واحتمال ان لاضرر يشمله، وان لم يكن بذلك البعد الا انه لايتمكن أن يقاوم الحكم الذي هو خلاف الاصل .

ومن ذلك يعلم، وجه ماذكرناه سابقاً من عدم الشفعة، فيما اذاكان انبوب الماء، أو عداد الكهرباء مشتركاً، أومثل ذلك ، وأولى بعدم الشفعة لوكان ثور

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح ١ .

الكراب مشتركاً بين البساتين أوالمزرعتيـن أوكانت الدابة التي تنقل الفواكه الى البلد مشتركة أو ماأشبه ذلك ، فانه لا ملاك ، وروايـة الدعائـم ولا ضرر[1] لضعفهما دلالـة وسنداً لايتمكنان من مقاومة الاصل الثابت عقلا وشرعاً بتسلط الناس على أموالهم[2].

أما اقتصار الحدائق على الطريق فقط، حيث قال : لايخفى مافـي الشفعة فيما اذا كان النهر فقط مشتركاً ، لان الحكم على خلاف اصولهـم المقررة ، والروايات المعتبرة من عدم جواز الشفعـة فى المقسوم ، مؤيداً باصالـة عدم التسلط على مال الغير، فالواجب فيه الوقوف على مورد النص، كماقرروه فى غير مقام .

فلايخفى مافيه، وتأييده بعدم ذكر المقنع والخلاف والمهذب والوسيلة بغير الطريق غيرظاهر، اذ عدمالذكر ليس ذكراً للعدم، ولايضر ذلكبالاجماع وبطريق أولى بلاخلاف، خصوصاً بعد ماعرفت منالملاك، ولا ضرر، ورواية الدعائم .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .

(٢) العوالي : ج ٢ ص ١٣٨ .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع : ولو باع عرصة مقسومة وشقصاً من اخرى صفقة، فالشفعة في الشقص خاصة بحصته من الثمن .

وقال في القواعد : ولو ضم المقسوم أو ما لاشفعة فيه الى مافيه الشفعة ثبت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن .

وفي مفتاح الكرامة: اجماعاً، كمافي جامع المقاصد والمفاتيح، وقد نسبه في التذكرة الى علمائنا مؤذناً بدعوى الاجماع عليه، وقد يظهر من المسالك حيث اقتصر في نسبة الخلاف الى بعض العامة ـ انتهى .

وذلك لوضوح ان الدليل يشمل أحدهما دون الاخر .

وفي الجواهر: وهكذا الحكم في كل بيع مشفوع وغيره صفقة، بلاخلاف ولااشكال، بل حكي الاجماع عليه صريحاً وظاهراً لوجود المقتضي فيه على وجه يندرج في اطلاق الادلة دون غيره، واتحاد الصفقة لايخرج كلا منهما عن حكمه ـ انتهى .

ومنه يعلم، ان احتمال عدم وجود الشفعة في المشفوع، لان ظاهر الادلة البيع مستقلا لابانضمام غيره ، غير ظاهر بعد اطلاق الادلة والملاك ولا ضرر وغيره، والانصراف لوكان فهو بدوي .

هذا بالاضافة الى ان البيع منضماً على قسمين ، فقد يكون بعنوان ان كل واحد جزء ، وقد يكون بعنوان انهما مستقلان ، وانما الصيغة واحدة كنكاح الزوجتين لرجلين في صيغة واحدة ، حيث انهما مستقلان والصيغة واحدة ، والاحتمال في انصراف الادلة لوكان انما هو فيما كاناجزئين، لاماكانا مستقلين بصيغة واحدة .

قال في مفتاح الكرامة : ولافرق بين كون غير المشفوع من مصالح

المشفوع كبقر الضيعة وعدمه ، ولم يخالف فى ذلك سوى مالك الا اذا كان غيرالمشفوع طريقاًأوشرباً كماتقدم، ولايثبت للمشتري فى المسألةالخيار لتبعض الصفقة ، لانه هو الذي أدخله على نفسه الا اذا كان جاهلا ــ انتهى .

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر ، حيث قال : مقتضى التعليل الثاني الذي ذكره المصنف وغيره، فيمايأتي عدم الفرق فى ذلك بين الجاهل والعالم، أي فى عدم الخيار، فانه لاوجه لعدم الفرق .

أمّا ماذكره المحقق والعلاّمة من انه بالحصة من الثمن وبينه مفتاح الكرامة والجواهر بأن المراد به قيمته من الثمن أن يقوم المجموع ، ثم يقوم المشفوع فينسب قيمته الى مجموع القيمتين فيأخذ من الثمن بتلك النسبة ، فاذا قيل قيمة المجموع مثلا مائة ، وقيمة المشفوع خمسون أخذه الشفيع بنصف الثمن ــ انتهى .

فهو من باب المثال ، اذ ربما يكون للمجموع من حيث المجموع قيمة كمافي مثل زوجي الحذاء ومصراعي الباب ، فليس المثال مستقيماً على كل حال ، وسيأتي بعض فروع الخيار في المسألة ، وانه فرق بين كون بيعين فى بيع، أو أن يكون بيعاً واحداً، كماهو كذلك فى مثل خيار الغبن والعيب، وبعض الخيارات الاخر .

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في الشرائـع : ويشترط انتقال الشقص بالبيـع ، فلو جعله صداقاً أوصدقة أو هبة أوصلحاً، فلا شفعة .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلاّمـة : وانمّا تثبت لو انتقلـت الحصة بالبيـع، فلو وهب الشقص بعوض أوجعله صداقاً أوعوضاً عن صلح أو غيرذلك لم تثبت الشفعة قال: اجماعاً كمافي السرائر والتذكرة وجامع المقاصد ومجمع البرهان وهو مجمع عليه اليوم، كمافي التنقيح وهو المشهور ، بل كاد يكون اجماعاً كمافي المسالك، وقول ابن الجنيد شاذ، كمافي الدروس، وفي المختلف والكفاية انه المشهور .

وقال في المبسـوط : اذا تزوج وأصدقـها شقصاً ، فانـه لايستحق الشفيع عليها الشفعة باجماع الفرقة وأخبارهم ـ انتهى .

وفي الجواهر عند قول الشرائع المتقدم : حكى الاجماع عليه جماعة ، ولعله كذلك ، لان خلاف ابن الجنيد في ذلك ، حيث أثبتها في الهبـة بعوض وغيره غيرقادح في محصل الاجماع، فضلا عن محكيه ـ انتهى .

أقول: ويدل على ذلك بالاضافة الى الاصل (وربما يقال : بأن هنا اصولا أصل سلطـة المشتري ، وأصل عدم الانتقال الى الشفيـع ، وأصل عدم حق الشفيع في ذلك) رواية الغنوي[(١)] المتقدمة، حيث قال عليه السلام: الشفعة في البيوع .

ورواية يونس[(٢)] : الشفعة جائزة في كل شيء، الى ان قال : اذا كان الشيء بين شريكين فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٢ .

ورواية الغوالي:[(١)] فان باعه فشريكه أحق به .

والرضوي[(٢)] عليه السلام : اذا كان الشيء بين الشريكين فباع أحدهما فالشريك أحق به من الغريب. الى غيرها من الروايات التي ذكرت فيها لفظ البيع .

ويؤيده مارواه الدعائم[(٣)]، عن الصادق عليه السلام، انه قال :اذا دفع الرجل الحصة في صداق امرأته فلا شفعة ، بل ربما استدل أيضاً بصحيح أبي بصير[(٤)]، عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج امرأة على بيت في دار وله في تلك الدار شركاء ؟ قال : جائز له ولها ولاشفعة لاحد من الشركاء عليها .

لكن لادلالة في هذه الرواية لاحتمال ان نفي الشفعة من جهة تعدد الشركاء .

نعم استدل بها غير واحد ، بناءاً على ظهور نفيها من حيث كونه صداقاً ، لامن جهة اخرى ، وعليه فما عن المسالك والمفاتيح من انه ليس على الاختصاص دليل صريح، محل نظر .

كمايظهر بذلك وجه النظر في قول ابن الجنيد على ماحكاه عنه المختلف، حيث قال : اذا زال ملك الشريك عنه بهبة منه بعوض شرط يعوضه أياه ، أو غير عوض كانت للشفيع شفعة فيه ، فان حبس ملكه أواسكنه لم يكن للشفيع شفعة ، ثم نقل عنه انه احتج بأن الحكمة الباعثة لايجاب الشفعة في صورة البيع موجودة في غيره من عقود المعوضات ، ولا اعتبار بخصوصيات العقود في نظر الشارع ، فأما ان يثبت الحكم في الجميع أو ينتفي عن الجميع ، فاثباته في البعض دون البعض ترجيح من غير مرجح ـ انتهى .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعة ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ من الشفعة الحديث .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من الشفعة ح ٢ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١١ من الشفعة ح ٢ .

اذفيه : ان مثل هذا الاستدلال انما هو استدلال بالملاك والمناط وهوغير قطعي ، فلا يمكن ان يؤخذ به ، ولذا كان المحكى عن المختلف انـه أجاب عنه بأن الحكمة لايجوز التعليل بها ، لعدم انضباطها ، فلا بد من ضابط ، ولما رأينا صورثبوت الشفعة موجودفيها مطلق البيع جعلناه ضابطاً للمناسبةوالاقتران على ان القياس عندنا باطل .

ولذا قال في الحدائق : ان مقتضى الدليل العقلي والنقلي ، كتاباً وسنة ، والاجماع هوعدم جوازالتصرف في مال الغيرالاباذن منه ، والشفعة قدخرجت على خلاف مقتضى هـذه الادلة المتفق عليها وعلى قوتها ، والاعتماد عليها ، وحينئذ فلابد في كل فرد ادعى فيه جواز الشفعة من دليل واضح مـن الكتاب أو السنة أو الاجماع الذي يعتمدونه ليمكن الخروج به عن مااقتضته هذهالادلة المذكورة ، فمدعى الجواز في الانتقال بغيرهعليه الدليل ليخرج عـن عموم تلك الادلة القاطعة المانعة من جواز التصرف في مال الغير الاباذنه ـ انتهى.

ثم الظاهرانه يثبت حق الشفعة في كل أقسام البيع الصحيحة عندالشارع ، بل وحتى فيما اذا كان البيع من قبيل الكلي في المعين ، أومن قبيل المشاع ، لاطلاق تلك الادلة .

أما مافي رواية الدعائم (١) ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه قال : لاشفعة الا في مشاع ، فالظاهـر انه في قبال المقسوم ، لافي قبال الكلي فـي المعين ، لان الكلي في المعين أيضاً يصطلح عليه بالمشاع عرفاً ولغـة .

والحاصل : ان المتبادر مـن المشاع أعم منهما ، فـلا يختـص بالمشاع في قبال الكلي في المعين .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ من الشفعة ح ١ .

(مسألة ـ ٧ ـ) قال في الشرائع : ولوكانت الدار وقفاً ، وبعضها طلقاً ، فبيع الطلق ، لم يكن للموقوف عليه شفعة ، ولو كان واحداً ، لانه ليس مالكاً للرقبة على الخصوص ، وقال المرتضى : تثبت الشفعة .

وفي القواعد : ولو كان الشريك موقوفاً عليه ثبتت الشفعة في الطلق ان كان واحداً على رأي . وفي مفتاح الكرامة:عليه المتأخرون ،كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح ، وعليه الفتوى كما في التنقيح ، وهو خيرة السرائر والتحرير والتبصرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد ، وهوالمستفاد من كلام التذكرة ، وفي المقتصر والمسالك والمفاتيح انه حسن.

وفي الجواهر بعد ان قواه قال: ضرورة قصد الواقف تمليك الموقوف عليهم في سائر الطبقات ، ولذا يتلقون منه ، لامن الموقوف عليه الاول ، وخصوصاً اذاكان الواحد المزبور من أفراد غيرالمنحصر ابتداءاً ، الاانه اتفق الانحصارفيه ،كما لو كان الوقف على بني زيد ، فاتفق انحصارذلك في واحد ، فان التمليك للجنس حينئذ ـ انتهى .

ففي المسألة دليلان:الاصل بعد عدم شمول الروايات له ، ودعوى الاجماع الذي حكيت عن المبسوط ، حيث قال : اذا كان نصف الدار وقفاً ونصفها طلقاً فبيع الطلق لم يستحق أهل الوقف الشفعة ، بلا خلاف .

خلافاً للمنسوب الى آخرين ، حيث اثبتوا الشفعة :

فعن الدروس وغيرها ان المتأخرين على ثبوت الشفعة مع كون الموقوف عليه واحداً ، لانه مالك حينئذ على المشهور ، بل لم يعرف فيه خلاف،فيندرج في اطلاق الادلة ، ولا مانع الا كونه محجوراً عليه في التصرف، وذلك لا ينافي كونه مالكاً مقاسماً ، ولذلك ثبت لغيره ممن هو محجور عليه في التصرف ،

كما لاينافيه الانتشار بعد ذلك ، كانتشار المملوك بالبيع والموت ونحوهما ، مضافاً الى الاشتراك في الحكمة أو العلة .

هذا باضافة الى دعوى السيد المرتضى الاجماع على وجودها في الموقوف فقد قال ما حكي من نصه : مما انفردت الامامية به القول بأن لامام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكن ، أو على المساجد، أو على مصالح المسلمين، وكذلك كل ناظر بحق في وقف من وصي وولي ، وادعى على ذلك الاجماع .

وقال : انه من متفرداتنا ، وان باقي الفقهاء يخالفون ، ثم قال : ويمكن ان يقال : للمخالف على سبيل المعارضة له الشفعة انما وجبت لدفع الضرر ، فأولى الاشياء بأن يدفع عنها الضرر حقوق الفقراء ووجوه القربات ، فان قالوا الوقوف لامالك لها فيدفع الضرر عنه بالمطالبة بشفعته؟ قلنا : اذا سلم انه لامالك لها فهيهنا منتفع بها ومستضر يعود الى المشاركة فيها وهم أهل الوقوف ، ومصالح المسلمين انما يجب دفع الضرر عنها مثل ما يجب من دفع ضرر الادميين .

لكن لايخفى ان الدليل المذكور غير كاف، فانه استدلال بلاضرر[1] وبالمناط والمناط، غير مقطوع ودليل لاضرر لايمكن الاخذ به على اطلاقه والاللزم القول به في كل مورد من الصداق والصدقة والهبة والصلح ونحوها ، وكذلك مع كثرة الشركاء ، الى غير ذلك مما هو معلوم العدم عندهم ، وان كان لم يرد في بعضها أدلة خاصة بتخصيصها عن ثبوت الشفعة .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

أما اجماع المرتضى فقد رده مفتاح الكرامة، وتبعه الجواهر بانه لم نجد من وافقه عليه، لاقبله ولا من تأخر عنه، عدا ما يحكى عن التقي تلميذه وهو غير محقق، لانه كما قالا: لم يجداه في الكافي، بل عن السرائر ان الاكثرين على خلافه.

وقد تقدم نفي الشيخ الخلاف مما قالا: ان ظاهره نفيه بين المسلمين، والا لنقل خلاف ذلك عن بعض العامة مثلا، كما هو دأبه في المبسوط والخلاف.

هذا كله في ما أراد المالك بيع حصته، وانه هل للموقوف عليه اذا كان واحداً أو ولياً كامام المسلمين ونحوه، الاخذ بالشفعة أم لا ؟ أما اذا انعكس بأن كان الموقوف عليه حق له بيع الوقف بسبب من الاسباب حتى خرج عن الحجر، وخرج عن الانتقال الى البطون اللاحقة حتى يؤل الى الانتشار فهل للمالك الاخذ بالشفعة ؟ الظاهر ان له ذلك، لان الوقف الذي جاز بيعه خرج عن كونه وقفاً، وليس البيع يخرجه عن الوقف، بل اجازة الشارع ببيعه، فيكون كسائر الاملاك.

فاذا باع الموقوف عليه الوقف على وجه يصح، فانها تثبت لصاحب الطلق قطعاً كما في الدروس، و بلا اشكال كما في المسالك، وقد نص عليه في التحرير وجامع المقاصد أيضاً لوجود المقتضى، و انتفاء المانع كما في مفتاح الكرامة و هو كذلك، لاطلاق الادلة.

ومنه يعرف، وجه النظر في قول الجواهر : قد يشك في ثبوتها لذي الطلق لو فرض بيع الوقف على وجه يصح، ثم قال : بامكان منع وجود المقتضى عليه بعد انسياق غير ذلك من الادلة، وخصوصاً في الوقف العام أو الخاص، مع تعدد الشركاء، بل ظاهر المسالك وجامع المقاصد ثبوتها على

كل حال ، وفيه منع واضح ـ انتهى .

اذ فيه : ان ظاهر كلامهم مع ثبوت سائر الشرائط بأن كان صاحب الوقف واحداً وله البيع ، ولم يعلم وجه نسبته الى المسالك ، حيث ان عبارة المسالك هكذا اذا كان متعلق الشفعة كالدار والارض بعضه طلقاً وبعضه وقفاً ، فان بيع الوقف على وجه يصح فلا اشكال في ثبوت الشفعة لصاحب الطلق ، لوجود المقتضى ، وانتفاء المانع ـ انتهى .

فان هذه العبارة لايظهر منها تعدد الموقوف عليه حتى يكون التزاماً بعدم مراعاة هذا الشرط ، وكذلك لم يظهر الاطلاق المذكور من عبارة جامع المقاصد حيث قال بعد المسألة المتقدمة : فرع ، لو بيع الوقوف في صورة الجواز تثبت للاخر الشفعة ـ انتهى .

وهذه العبارة ليست ظاهرة فيما ذكره الجواهر من الاطلاق ، فانه ليس بناء الفقهاء بيان الشروط في كل فرع فرع ، وانما يحيلون الامر في الشروط الى مواضعها .

ثم ان المالك الذي يحق له أخذ الشفعة ، حيث يبيع شريكه ، لافرق فيه بين أن يكون محجوراً أو لا ؟ كما اذا انتقل المال الى هذا الانسان الذي يريد الأخذ بالشفعة ، بشرط ان لايبيعه ، أوبشرط أن يسكنه مثلا ، فانّ الحجر على المالك لايضر الشفعة باطلاق الادلة ، واحتمال انصرافها الى ما اذا كان الاخذ بالشفعة مالكاً مطلقاً ، غير ظاهر .

والظاهر انّه لايصح شرط المالك ، فيما اذا مثلا كانت له دار ، فأعطاها اياهما ، بشرط انه اذا باع حصته أحدهما لايحق لشريكه الاخذ الشفعة ، لان

الشفعة حكم لايسقطه الشرط .

نعم، للواهب ونحوه الحق في اشتراط أن لايأخذ بالشفعة ، ومن الواضح الفرق بينه وبين اشتراط أن لايكون له شفعة .

أما لو وهب المالك مثلا داره لشريكين، بشرط أن لايبيع أحدهما اطلاقاً فباع أحدهما ، فالظاهر بطلان البيع، لان الشرط يقتضي الوضع، وحيث يبطل البيع فلاشفعة ، الا اذا أسقط الواهب ونحوه شرطه .

واذا باع الفضول حصة الشريك لاشفعة بالنسبة الى الشريك ، لان البيع الفضولي ليس ببيع قبل اجازة المالك ، فاذا أخذ الشفعة ثم أجاز المالك لم ينفع ذلك الاخذ بالشفعة ، وانّما يحتاج الامر الى الاخذ بالشفعة بعد اجازة المالك ، الا اذا قلنا بالكشف .

ثم ان بعض ماتقدم في الوقف يأتي في الثلث أيضاً ، لوحدة المناط فيهما.

ومما تقدم ظهرت الاحوال الاربعة في الوقف بأن يكون عاماً أوخاصاً ، ويكون الأخذ بالشفعة هو الموقوف عليه والمتولي أوصاحب الملك، وكذلك حال ماإذا كان ملك كلا الشريكين وقفاً ، وجاز لاحدهما أو لهما البيع .

(مسألة ـ ٨ـ) قال في الشرائع : لايثبت الشفعة بالجوار .

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : واحترزنا بالمشترك عن غيره ، فلاتثبت بالجوار اجماعاً ، كما في الخلاف والغنية والسرائر، وظاهرالتنقيح، كما يظهر من كلامه في المسألة الاتية .

وفي المسالك : انه مذهب الاصحاب ، الا العماني .

وفي المفاتيح : لاخلاف فيه منا ، فلم يعده مخالفاً كالثلاثة الاول .

وفي الدروس وغيره: ان خلاف العماني شاذ، وهذا يجري مجرى دعوى الاجماع ، وتنطبق على ذلك بالاولوية الاجماعات المحكية على نفي الشفعة فيما قسم ـ انتهى .

أقول : وفي مقابل هذا القول ، قول العماني، حيث حكى عنه ، انه قال: لاشفعة لجار مع الخليط وهو يقضي بثبوتها للجار ، لكن الخليط مقدم عليه وقد حكى هذا عن أبي حنيفة وجماعة من العامة، ومقتضى القاعدة هوالمشهور، ويدل عليه بالاضافة الى الاصل والاجماعات التي عرفتها متواتر الروايات :

كقوله عليه‌السلام[(١)] : لاتكون الشفعة الا لشريكين مالم يتقاسما .

وقوله عليه‌السلام[(٢)] : لاشفعة الا لشريك غير مقاسم .

وقوله عليه‌السلام[(٣)] : الشفعة لاتكون الا لشريك .

وقوله عليه‌السلام[(٤)] : الشفعة لكل شريك لم يقاسمه .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٣ من الشفعة ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٣ من الشفعة ح ٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٦ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٣ .

وقوله عليه السلام[(١)] : اذا وقعت السهام ارتفعت الشفعة .

وقوله عليه السلام[(٢)] : اذا أرفت الارف وحدت الحدود فلاشفعة .

ورواية الغنوي[(٣)] ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الشفعة في الدور أشي واجب للشريك ، ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره ؟ فقال : الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن .

وفي الدعائم[(٤)] ، عن أمير المؤمنين عليه السلام ، انه قال : لاشفعة فيما وقعت عليه الحدود .[(٥)]

وعنه عليه السلام أيضاً ، انه قال في حديث : ولاشفعة في مقسوم .

وعن أبي عبدالله عليه السلام[(٦)] ، انه قال : الشفعة جائزة فيما لم يقع عليه الحدود فاذا وقع القسم والحدود فلاشفعة .

وفي الرضوي[(٧)] عليه السلام : انما يجب الشفعة لشريك غير مقاسم ، فاذا عرفت حصة رجل من حصة شريك فلاشفعة لواحد منهم .

وعن أبي عبدالله عليه السلام[(٨)] ، انه قال : لاشفعة الا في مشاع .

وعن النبي[(٩)] صلى الله عليه وآله قال : الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط ، فلايحل له

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ ح ٥ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ ح ١ .
(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ ح ٢ .
(٦) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ ح ٣ .
(٧) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٣ ح ٤ .
(٨) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ١ .
(٩) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ ح ٥ .

أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه ، فان باعه فشريكه أحق به .

الى غيرها من الروايات المتعددة ، والتي يظهر منها ان ماروواه الغوالي[١] قائلا : روى قتادة ، عن الحسن ، عن سمرة ، عن النبي ﷺ ، انه قال: جار الدار أحق بدار الجار ، والارض .

ورواهاالشهيد[٢] ، عنه ﷺ في مجموعتهباسقاط : والارض، لابد وأنيحمل على الجار المشترك في الارض لامطلقاً .

ولذا أجاب ابنادريس وابن زهرة عن الاستناد ، الىقوله ﷺ: انالجار أحق بالشفعة بـأن المراد بالجار في الخبر الشريك ، لانـه خرج على سبب يقتضي ذلك . لانه روى عمر[٣] بن الشريد ، عن أبيه قال : بعت حقاً من أرض ليفيها شريك ، فقال: شريكي أنا أحق بها ، فرفع ذلك الى النبي ﷺ ؟ فقال عليه السلام : الجار أحق بالشفعة .

كما انهما أجابا أيضاً بأن الزوجة تسمى جارة لمشاركتها للزوج فيالعقد قال الاعشى:

أيا جارتا بيني فانك طالقه

فانها تسمى جارة ، وان كانت بالمشرق والزوج بالمغرب ، فليس لاحـد أن يقول : انما سميت بذلك لانها قريبة مجاورة قالا: فقد صار اسم الجاريقع على الشريك ، نقل ذلك مفتاح الكرامة عنهما ، وتبعه الجواهـر وحتى لولم

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ١٥ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ الحديث .
(٣) السرائر : ص ٢٥٠ .

نثول هذا التأويل، لايمكن الاستناد الى النبوي الذي تقدم والذي رواه أيضاً سنن البيهقي[١] وكنز العمال[٢] وغيرهما، عنه ﷺ في قبال الأخبار الصحيحة الصريحة المجمع عليها.

ومما تقدم يظهر وجه قول الشرائع: ولافيما قسم، وميز الا مع الشركة في طريقه أو نهره ـ انتهى.

وقد تقدم الكلام في المستثنى، أما المستثنى منه، فقد قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ولافيما قسم وميزصرح بالحكم المذكورفي المقنع والمقنعة والنهاية والخلاف والمبسوط والكافي والمراسم والمهذب وفقه القرآن للراوندي والوسيلة والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكتب المصنف وكتب الشهيدين وسائر من تأخر الى الرياض.

وفيه: وفي الكفاية انه أشهر، وفي المختلف انه المشهور، والظاهر ان مرادهما في قبال قول العماني، لانهم نقلوا عن العماني الخلاف، وحيث تقدمت الروايات[٣] الدالة على ذلك، فلاداعي الى تكرارها.

ثم قال الشرائع: وهل تثبت لمازاد عن شفيع واحد؟ فيه أقوال:

أحدها: نعم تثبت مطلقاً على عدد الرؤس.

والثاني: تثبت في الارض مع الكثرة، ولاتثبت في العبد الا للواحد.

والثالث: لاتثبت في شيء مع الزيادة على الواحد، وهو أظهر.

---

(١) السنن الكبرى: ج ٦ ص ١٠٦ باب الشفعة ح ٦.

(٢) كنز العمال: ج ٧ ص ٨ ح ١٧٧٠٧.

(٣) الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٦ ـ ٣١٩ الباب ٣ و ٤ من الشفعة.

وفي الجواهر : أشهر ، بل المشهور شهرة عظيمة كادت تكون اجماعاً ، بل هي كذلك ، كما ستعرف .

وفي المسالك : اختلف علمائنا في ان الشفعة هل يثبت مع زيادة الشركاء على اثنين ، فمنعه الاكثر منهم الشيخان والمرتضى والاتباع بلاخلاف حتى ادعى عليه ابن ادريس الاجماع ، وذهب ابن الجنيد الى ثبوتها مع الكثرة مطلقاً ، وقواه في المختلف بعد ذهابه الى المشهور ، وخطأ ابن ادريس في دعوى الاجماع ، وذهب الصدوق في الفقيه الى ثبوتها معها في غير الحيوان ، ووافق في المقنع المشهور ، ونسب ثبوتها مع الكثرة الى الرواية ـ انتهى .

أقول : ويدل على المشهور بالاضافة الى الاصل ، صحيح عبدالله بن سنان[(١)] عن أبي عبدالله عليه السلام قال: لاتكون الشفعة الا لشريكين مالم يقاسما ، فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعه .

ومارواه المشايخ الثلاثة في الكتب الاربعة، عن يونس[(٢)]، عن بعض رجاله عن أبي عبدالله عليه السلام ، في حديث : اذا كان الشيء بين شريكين لاغيرهما فباع أحدهما نصيبه ، فشريكه أحق به من غيره ، وان زاد على الاثنين فلاشفعة لاحد منهم .

وصحيح الحلبي[(٣)]، عن أبي عبدالله عليه السلام، انه قال : في المملوك يكون بين شركاء فيبيع أحدهم نصيبه ، فيقول صاحبه : أنا أحق به ، أله ذلك ؟ قال: نعم اذا كان واحداً ، قيل له : في الحيوان شفعة ؟ قال : لا .

---

(١) الكافي : ج ٥ ص ٢٨١ باب ١ ح ٧ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٢ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٣ .

وفي رواية[١] اخرى لعبدالله بن سنان ، قال: قلت لابي عبدالله عليه السلام : المملوك يكون بين شركاء ، فباع أحدهم نصيبه ، فقال أحدهم : أنا أحق به، أله ذلك؟ قال : نعم اذا كان واحداً .

وفي رواية[٢] اخرى له ، رواها الصدوق في الفقيه ، انه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه ؟ قال : يبيعه ، قلت : فانهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه ، فلما أقدم على البيع ، قال له شريكه : أعطني ؟ قال : هو أحق به ، ثم قال عليه السلام : لاشفعة في الحيوان الا أن يكون الشريك فيه رقبة واحدة (الا أن يكون الشريك فيه واحداً : خ ل) .

وفي الفقه[٣] المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام ، روي ان الشفعة واجبة في كل شيء من الحيوان والعقار والرقيق اذا كان الشيء بين الشريكين فباع أحدهما ، فالشريك أحق به من الغريب، واذا كانوا أكثر من اثنين فلاشفعة لواحد.

وفي قبال هذه الروايات جملة من الروايات الدالة على الاطلاق ، مثل رواية[٤] السكوني ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه ، عن علي عليهم السلام قال: الشفعة على عدد الرجال .

ومثله ماروواه[٥] طلحة بن زيد ، عن جعفر بن محمد عليهما السلام .

وماروواه البحار[٦] عن كتاب الامامة والتبصرة لعلي بن بابويه ، بسنده الى

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ من الشفعة ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح ٧ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ من الشفعة ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٥ .
(٥) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ذيل الحديث .
(٦) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ ح ٢ .

ابن فضال ، عن الصادق ، عن أبيه ، عن آبائه عليهم السلام ، عن النبي صلى الله عليه وآله قال: الشفعة على عدد الرجال ، وليس بأصل .

وعن الدعائم[١] ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : في حديث : والشفعة على قدر الانصباء بالحصص .

وعن عقبة بن خالد[٢] ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وآله بالشفعة بين الشركاء .

وقد تقدم خبرا[٣] منصور بن حازم الدالان على ثبوت الشفعة في المتعدد ، لكن هذه الروايات لاتقاوم روايات المشهور ، لان صحيحي المنصور قد تقدم الكلام فيهما ، وانهما من التخصيص ، وسائر الروايات ضعيفة الدلالة كخبر عقبة[٤] ، اذ لم يعرف ان المراد بالشركاء الشركاء في الشيء الواحد ، أو المراد الشريكان في كل بيع بيع .

وان شئت قلت : انه مجمل يجب حمله على المبين مماتقدم ، وأما سائر الروايات مثل ماعن السكوني وطلحة ومأشبه ، فبالاضافة الى ضعف السند محمولة على التقية كما ذكره الشيخ وغيره ، وقرينة التقية كون رواتهامن العامة في روايتي السكوني وطلحة .

ومن ذلك يعرف وجه النظر في قول المسالك ، فانه بعد احتمال تساقط الطائفتين والرجوع الى حكم الاصل ، قال فيه نظر لمنع التعارض، لان هذه الروايات أكثر وأوضح دلالة ، لان رواية ابن سنان التي هي عمدة الباب لا

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ ح ٤ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١ و ٢ .
(٤) الكافي : ج ٥ ص ٢٨١ الباب ١ من الشفعة ح ٧ .

صراحة فيها ، حيث انه أثبت الشفعة للشريكين باللام المفيدة للاستحقاق أوما في معناه والمطلوب لايتم الا اذا اريد ثبوتها بين الشريكين لالهما ، ولاينافيه قوله : ولاتثبت بثلاثـة ، اذ لاقائل بالفرق بين الاثنين والثلاثة ولجواز ارادة عدم استحقاق كل واحد من الثلاثة بخصوصه دون الاخر .

وهـذا وان كان خلاف الظاهر الا ان فيـه طريقاً للجمع ، مع ان روايـة منصور[1] أصح طريقاً ، ومقيدة لرواية بن سنان الاتية .

ولذا قال عليه في الجواهر : انـه من غرائب الكلام ، وكأن الذي أوقعه في ذلك مافي مختلف الفاضل ، فانه بعد أن ذكر المسألة بتمامها قال : وقول هؤلاء لايخلو من قوة ، لصحة حديث منصور بن حازم ، وادعاء ابن ادريس الاجماع على سقوطها مع الكثرة خطأ ـ انتهى كلام المختلف .

ثم قال الجواهر : ولايخفى عليك مافيه ، خصوصاً حكمه بخطأ الاجماع المذكور الذي هو مع شهادة التتبع له قد سبقه عليه من تقدمه ، ووافقه عليـه من تأخر عنه .

ولعله لـذا جزم في الروضة بموافقة المشهور ، وهـو فيها أفقه منـه في المسالك كما لايخفى على من لاحظهما ـ انتهى .

ولذا قال فى جامع المقاصد : ابن الجنيـد والصدوق قالا : بثبوت الشفعة مع الكثرة، لروايات ضعيفة لاتنهض حجة مع معارضتها بأقوى منها، والمذهب الاول ـ انتهى .

ثم الظاهر، انه لافرق بين ان يبيع الشريك حصته من نفرين، أو من نفر

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١ .

واحد، سواء باعه من نفرين متعاقبين ، أو في وقت واحد ، لان الاطلاق هو الظاهر من اطلاق الروايات والفتاوى .

قال فى مفتاح الكرامة : هل المراد بالكثرة المانعة الكثرة السابقة على عقد البيع ، كأن يكون ثلاثة فيبيع أحدهم ، أو الاعم منها ومن اللاحقة؟ كما لو كان الشريكان اثنين وباع أحدهما نصيبه من اثنين، فلايصح للشريك الاخر الاخذ منهما، ولامن أحدهما لمكان الشركة اللاحقة، لان كل واحد من المشتريين من الشريك شريك خصوصاً اذا اشتريا على التعاقب ولم يعلم الشريك الاخر الا بعد شرائهما ، وقيل : انها انما تمنع في المثال فيما اذا أخذ من أحدهما دون الاخر .

أما اذا أخذ من الجميع فلا،لان الشريك المستحق للشفعة واحد؟ أقوال، وظاهر قوله عليه السلام[1] : فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة يقضي بنفي الاستحقاق في المثال مطلقاً ، وهو ظاهر المحقق الثاني والشهيد الثاني ، والتفصيل ظاهر المصنف فى آخر الفروع على القول بالكثرة ، وظاهر الشهيد حمل الكثرة على السابقة ذكره فى حواشيه وهو المتبادر من الفتاوى، ومن اطلاق خبر عبدالله بن سنان[2] ، ومرسل يونس[3] ، مضافاً الى الاستصحاب وعدم عدّه فى المسقطات لاحد منهم ــ انتهى .

وهو كماذكره مفتاح الكرامة، اذ لايفهم من قوله عليه السلام: فاذا صاروا ثلاثة الا الثلاثة قبل البيع ، لا الثلاثة بعد البيع ، وهذا هو الذي اختاره الجواهر

---

(١) الكافي : ج ٥ ص ٢٨١ الباب ١ ح ٧ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٢ .

أيضاً ، حيث قال : ان المنساق من الادلـة والفتاوى عدم الشفعـة مع الكثرة السابقة على عقد البيـع .

كمالوكان الشيء مشتركاً بين ثلاثـة ، فيبيـع أحدهم نصيبه، أما اذا كانت لاحقة، كمالوكان الشيء مشتركاً بين اثنين فباع أحدهمانصيبه على اثنين دفعة أو ترتيبـاً ، ثم علم الشريك بذلك، فالظاهر ثبوتها، كما عن الشهيد فى حواشيه الى ان قال : واحتمال عدم ثبوت الشفعـة الا مع بيع تمام النصيب، ولو من اثنين ، فلا يتحقق شفعـة ببيـع بعض النصيب خاصة ، لا أظن أحداً يلتزمه ـ انتهى .

وذلك لانه خلاف ظاهر الادلة ، فان ظاهر الادلة الاعم، خصوصاً ويؤيده الملاك اذا لم نقل بالاطلاق، ودليل لاضرر(١) وغيرهما .

ومماتقدم يعلم، انه اذا باع البائع بعض حصته حق للشريك الاخذ بالشفعة وان وهب بعد البيـع بعض حصته الاخر أمالو انعكس بأن وهب بعض حصته أولا ثم باع بعض الحصة ثانياً ، لم يكن للشريك الاخذ بالشفعة ، لانه بسبب الهبة صار المال مشتركاً بين الثلاثة، فلاشفعة حين البيـع .

ولو تقارن البيـع والهبـة فى حالة واحدة ، فالظاهر بقاء حق الشفعـة ولو للاستصحاب .

ولو اختلفا فقال الشفيع: بعت أولا فلي الشفعة، وقال البائع: وهبت أولا؟ فلا شفعة لك، فانه من التداعي، لا من الادعاء ، والانكار لعدم اجتماعهما على شيء واحد .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .

ولو كانوا ثلاثة فباع أحدهم نصيبه من أحدهما، ثم باع المشتري النصيبين الى ثالث تحققت الشفعة بالنسبة الى الاول ، لان الاعتبار حين البيع لا قبل ذلك، والمفروض انه حين البيع هما شريكان فقط، كماهو واضح .

ثم ان الحدائق قال : في مسألة اشتراط ان لايكون أكثر من شريكين ، انه ينبغي ان يستثنى المملوك من محل الخلاف، لما تضمنته جملة من الاخبار الصحيحة الصريحة في اشتراط وحدة الشريك في صحة الشفعة فيه، ويجعل محل الخلاف فيماعداه ـ انتهى .

لكن حيث لامورد لمسألة المملوك الان فلاداعي الى بسط الكلام فيه ، وانه هل هناك فرق بينه وبين غيره أم لا ؟

ثم انه قال في المسالك : اختلف القائلون بثبوتها مع الكثرة، هل هو على عدد الرؤس؟ أو على قدر السهام، فصرّح الصدوق بالاول ، ونقله الشيخ عنه مطلقاً .

وقال ابن الجنيد: الشفعة على قدر السهام من الشركة ، ولوحكم بها على عدد الشفعاء، جاز ذلك .

ويدل على الاول : رواية طلحة بن زيد(١): ان علياً عليه السلام قال : الشفعة يثبت على عدد الرجال ، ولان من حصته قليلة لوكان منفرداً لاخذ المال جميعه كصاحب الاكثر فيتساويان في الاستحقاق، اذ المقتضى هو مطلق الشركة .

ويدل على الثاني : ان المقتضى للشفعة الشركة والمعلول يتزايد بتزايد علته، وينتقص بنقصها اذا كانت قابلة للقوة والضعف ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٥ .

وأنت خبير بأن وجه الثاني استحساني محض، فمقتضى القاعدة هو الوجه الاول، كما انه لايخص الدليل برواية طلحة، بل رواية السكوني[١] أيضاً كماتقدم تدل على ذلك، ولذا أيد الحدائق القول الاول، وتبعه الجواهر .

ثم قال الجواهر : ولاينافي ذلك التوزيع في تعلـق الديون على قدرها دون الرؤس بعد اختصاصه بالدليل الكاشف عن كون التعلق من جهتها لا أصل الدينية المشتركة بين القليل والكثير بخلاف المقام ، خلافاً للمحكى عن أبي علي فجعلها على قدر السهام، ولكن قال : ويجوز قسمتها على عدد الرؤس ، ومقتضاه التخيير، ثم اشكل عليه بماذكره من التخيير، وقال بالاخرة: ومن هنا كان القول الاول الاصح كما اعترف به غيرواحد ـ انتهى .

ثم انه لو اختلفا اجتهاداً أو تقليداً في أصل وجود الشفعة في مقام، أو في ان الشفعة على عدد الرؤس ، أو عدد السهام أو غير ذلك ممايمكن الاختلاف فيه، فالمرجع القاضي، فاذا حكم يجب عليهما الأخذ به .

ولو كانا مجتهدين متخالفين لماحقق في [كتاب القضاء] وغيره من لزوم اتباع رأى القاضي، ولو كان مخالفاً لاجتهاد كليهما أوأحدهما، كماسبق الالماع اليه .

أما اذاكان عند العامة الشفعة، فيما لم يكن عند الشيعة، وكان الأخذ بالشفعة شيعياً حق له ذلك من باب قاعدة الالزام[٢]، واذا راجعونا حق لنا ان نحكم على طبق رأيهـم، كما حق لنا أن نحكم على طبق رأينا، كما ذكرنا تفصيلـه في

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٥ .

(٢) انظر : الوسائل : ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من ميراث الاخوة .

[كتاب القضاء] ولعل روايتي علي عليه السلام[1] من باب قاعدة الالزام، لا من باب التقية، كما ذكرنا مثله في غير مورد من [الفقه] كالقصة المنبرية وغيرها .

(١) التهذيب : ج ٩ ص ٤٥ ، انظر شرح ابن أبي الحديث على النهج : ج ١ ص ١٩ .

(مسألة ـ ٩ ـ) قال في الشرائع: وتبطل الشفعة بعجز الشفيع عن الثمن وقال في مفتاح الكرامة : قد صرح بالحكم في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها ، وهو معنى مافي التبصرة واللمعة ، وغيرهما من اشتراط القدرة على الثمن، واجماعاً كمايفهم من المسالك، وبلا خلاف كمافي الغنية والرياض، وفي مجمع البرهان يمكن ان يكون دليله الاجماع ـ انتهى .

وقيده في الجواهر بعدم رضى المشتري بالصبر، وانه لايكفي بذل الضامن والرهن والعوض ، ويدل عليه الأصل بعد انصراف الرواية الى القادر، ودليل لاضرر بالتقرير الذي ذكروه في خياري الغبن والعيب .

بالاضافة الى حسن[1] علي بن مهزيار قال : سألت أبا جعفر الثاني عليه السلام ، عن رجل طلب شفعة أرض فذهب على ان يحضر المال فلم ينض ، فكيف يصنع صاحب الارض ان أراد بيعها ، أيبيعها ، أو ينتظر مجيء شريكه صاحب الشفعة ؟ قال عليه السلام : ان كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام ، فان أتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الأرض ، وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من بلد الى آخر ، فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلدة وينصرف ، وزيادة ثلاثة أيام اذا قدم ، فان وافاه والا فلا شفعة له .

وروايته تدل على مورد الكلام أما بالظهور ، وأما بالمناط القطعي .

ومنه يعرف ، انه لاوجه لاشكال صاحب الحدائق حيث قال : بعد ذكر الرواية ، وأنت خبير بأن مورد الرواية المذكورة انما هو الشفعة قبل البيع ،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

وان الذي ينتظر الشريك الذي يريد أن يبيع ، لا المشتري ، والاصحاب قد استدلوا بها على الشفعة بعده ، ولعلهم قاسوا حال المشتري على البائع وهو مشكل .

وبذلك يظهر، انه لاحاجة الى تجشم صاحب الجوهر حيث قال : قد يمنع ظهور الرواية فيما ذكره الحدائق ، كما عساه يشهد له قوله : طلب شفعة أرض، فان الشفعة حقيقة لغة وعرفاً في الاستحقاق بعد البيع .

بل قيل : المراد حينئذ بالطلب الاخذ بها ، بل لعل البطلان أيضاً ظاهر في ذلك ، وحينئذ يكون المراد بصاحب الارض المشتري، بل لوقلنا بارادة المعنى الحقيقي من الطلب فيه للاخذ ، كان المراد انه أرادها ، ومضى ليحضر الثمن ليحصل استحقاق الاخذ بها ، أو التملك على حسب ما سمعته في اعتبار سبق دفع الثمن كان أيضاً دالا على المطلوب ـ انتهى .

فانه لولم نقل بالظهور، كان المناط قطعياً، ولذا لم يستشكل أحد من الفقهاء الذين تعرضوا للرواية (١) فيها ، كما ان اشكال المقدس الاردبيلي في الرواية من جهة تقييد الفقهاء لها بعدم الضرر ، حيث قال : وظاهر الرواية غير مقيد بعدم الضرر ، فكانهم قيدوا بعدم الضرر ، لانه منفي بالعقل والنقل ، لكنه غير ظاهر ، لانانجد وقوعه في الشرع كثيراً ، فليس له ضابط واضح ، خصوصاًمع وجود النص ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، اذ دليل لاضرر بالاضافة الى ذكره في نفس هذه الروايات قاعدة ثانوية مطلقاً يقيد بها الادلة الاولية في كل مورد ، فلا يمكن التمسك

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

باطلاق الروايات في قبال القاعدة المذكورة .

ولذا قال في الحدائق في رده : أن الاصحاب قيدوا الجواز بعدم الضرر، لانه منفي بالعقل والنقل ، وحينئذ فلو كان البلد بعيداً جداً ويتضرر بالتأخير فلا شفعة ، وماذكره المحقق الاردبيلي من المناقشة هنا ، الظاهر ضعفه ، ومادعاه من وقوعه في الشرع كثيراً في محل المنع فمع تسليمه يجب الاقتصار به على موضعه ، ويخص به الدليل العقلي والنقلي الدال على عدم جوازه ، وماطلق من هذه الرواية ، ونحوها يجب تخصيصها بالأدلة المذكورة ،كما هو مقتضى القواعد المقررة ، وبالجملة فان مناقشته بمحل من الضعف والنظر ـ انتهى .

ومنه يعرف ، ان اللازم التقييد بلا ضرر، ولو في الثلاثة ، أوفيمن يذهب الى البلد ولو لم يكن بلداً بعيداً ، وانما مثلا يستوعب عشرة أيام ، لكن في انتظار الثلاثة ، أو العشرة ضرر على المشتري ، أو على البائع ، بل ينبغي ان يخص ذلك بالحرج أيضاً ، لانه أيضاً من القواعد الثانوية المخصصة للادلة الاولية كلاضرر، بالاضافة الى انه يمكن ان يقال : ان كلا منهما يشمل الآخر، فيما اذا أفرد .

ولذا استدل الامام (عليه السلام) في حديث مولى آل سام (١) ، لمنع الضرر ، بدليل ماجعل عليكم في الدين من حرج ، وفي المسالك يتحقق العجز باعترافه،وفي تحققه باعساره وجهان : أجودهما العدم ، لامكان تحصيله بقرض ونحوه ، فينظر به ثلاثة أيام ،كمدعي غيبته ، ولايتوقف على الحاكم ، لعموم لاضرر ولاضرار ، وهو كما ذكره .

---

(١) الوسائل : ج ١ ص ٣٢٧ الباب ٣٩ من الوضوء ح ٥ .

لكن من الواضح ان الاعتراف انمايؤخذ بهاذا لم نعلم خلافه ، أولم يقم الشهود على خلافه ، فاذا اعترف بعجزه وأخذ بالشفعة ، كان للمشتري الرجوع الى الحاكم لبيع بعض أمواله أو التقاص أوما أشبه فتأمل .

كما انه لوعلمنا بعجزه فلم يعترف هو ، بل كان يعترف باليسار لم‌ينفع أخذه بالشفعة ، لان الحكم معلق على الواقع ، لاعلى الادعاء ونحوه ، بل‌لو قامت الشهود على يساره وأخذ بالشفعة، وعلمنا اشتباه الشهود ، لم‌ينفع ذلك في تحقق الاخذ .

أما اذا عجز عن دفع الثمن ورضي المشتري بالصبر ، أو قبل بالضامن والرهن والعوض وماأشبه ، فلا ينبغي الاشكال في صحة الشفعة ، لان الحق لايعدوهما ، ودليل لاضرر ليس ملزماً الا في مقامات خاصة ، مما لايريده الشارع حتى اذا أراده المتضرر، والظاهرانه يصح الاخذ بالشفعة اذاكان‌الاخذ بالشفعة معسراً ..

ولكن كان مستحقاً للزكاة ، أوالخمس، الذي يتعلق بذمة المشتري ، وهو عاص عن الاداء ، حيث للحاكم الشرعي التقاص بجعل الثمن للاخذ بالشفعة من باب الزكاة ، أوالخمس الذي على المشتري .

قال في الشرائع : وكذا تبطل الشفعة بالمماطلة ، وكذا لوهرب ، وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولاالمماطل والهارب، كمافي الشرائع ، وما ذكر بعدها فيما قبلها ، أي في العاجز .

وفي المسالك : المراد بالمماطل القادرعلى الاداء ، ولايؤدي ولايشترط فيه مضي الثلاثة ، لانها محدودة للعاجز ولاعجز هنا ، ويحتمل الحاقه به .

لظاهر رواية ابن مهزيار[١] ، عن الجواد عليه السلام بانتظاره ثلاثة أيام حيث لم ينض الثمن .

وأشكل عليه الجواهر : بانه لم يعرف التحديد بالثلاثة لغير المسالك ، بل ظاهرهم الاتفاق على عدمه ، وانه لاشفعة له مع فرض عجزه المتحقق باعترافه أوبالقرائن أوبغير ذلك حال البيع ، وان تجدد له القدرة بعد ذلك بيسير ، بل ظاهرهم سقوطها بتحقق المماطلة كذلك ـ انتهى.

وحيث ان الدليل على ذلك لاضرر، فاللازم ان نقول بابطال المماطلة فيما اذا كان ضرراً ، والا فلا وجه له .

ولذا قال في مفتاح الكرامة : وظاهر اطلاقهم كما في جامع المقاصد ان المطل يتحقق قبل الثلاثة ، ولايشترط فيه ثلاثة أيام ، لانها للعاجز ولاعجز ، ويحتمل الحاقه به لظاهر[٢] الحسنة كما عرفت ، ولعل الاولى الاناطة بالضرر بالصبر ، وان قل عن الثلاثة ، لأن المماطل هو القادر ، ولايؤدي فليتأمل .

والظاهر انه لوأخذ بالشفعة وماطله حق للمشتري الاخذ من ماله كسائر المديونين بالشرائط المقررة هناك .

وفي مفتاح الكرامة : وليعلم ان العلم بانه مماطل من قبل لايمنع من أخذه بالشفعة ، وهو كذلك ، اذالاخذ بالشفعة حق والمماطلة مانعة ، والحق مقدم ، فلايسقط بالعلم مالم تتحقق خارجاً ، ولافرق بين المماطلة عن كل الثمن أوبعضه، لاطلاق دليل لاضرر .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

أمـا اذا كانت المماطلة بحق ، فان تحقق لاضرر بـالنسبة الى المشتري ، فهو والالم تكن المماطلة مما يسلطه على الفسخ ، لما عرفت مـن ان الدليل هو لاضرر .

ومن الكلام في المماطل يعرف الكلام في الهارب كما ذكروه ،بل ومثل الهارب كالسجين والمغمي عليه ، والذي لم يعرف خبره ومن أشبه ، لان الدليل في الجميع هو لاضرر ، فانه ان كان قبل الاخذ بالشفعة فلاشفعة له ، وان كـان بعده فللمشتري الفسخ اذا لم يتمكن المشتري من ماله .

أما اذا تمكن فلا حق له في الفسخ الا اذا كان تمكنه من الاخذ بماله موجباً لضرر أو حرج ونحوهما مما هومرفوع، ومقتضى القاعدة هو ما ذكره مجمع البرهـان ، فانه بعد ان ذكـر دليل البطلان بالعجز قال : وكـذا دليل البطلان بالمماطلة مع الوجدان ، فانه كالعجز ، بل أقبح .

وكـذا الهرب بعد البيع لئلا يعطـى الثمن معها ، ولكن ينبغي ان يكون المراد بالمماطلة والعجز الى وقت يضر بحال المشتري او البائع عرفاً الصبر اليه، ولوكان قليلا، ويؤيده جوازالصبرثلاثةأيام مع دعوى غيبة الثمن، وصبر الثلاثة أيام مع مدة الرواح الى بلدالثمن ومجيئه ـ انتهى .

فاشكال الجواهر فيه غيرظاهر الوجه، ومما تقدم ظهر وجه النظر في قول التذكرة ان الفسخ للحاكم ، اذ لادليل على ذلك بعد دليل لاضرر ، وانه ليس من شأن الحكام حتى يشمله قوله عليه السلام[1] : اني جعلته عليكم حاكماً . فان ظاهـر هذه الرواية ان شأن الحاكم الشرعي هوشأن الحكام العرفية ، فما كان من شأنهم كان من شأنه أيضاً .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٩٨ الباب ١١ من صفات القاضي ح ١ .

قال في مفتاح الكرامة : وفي التحرير انه لايتوقف على حكم الحاكم لمكان الضرر ، وان لم يكن له أي المشتري ذلك في البيع اذا هرب المشتري أو اخر الدفع ، لان البيع حصل باختيارهما ، وهنا أخذه الشفيع لغير اختيار بازالة الضرر عن نفسه ، فاذا اشتمل على اضرار المشتري منع ـ انتهى .

وفيه : عدم ظهور الفرق بين المقامين بعدكون الدليل فيهما لاضرر ، ثم ان قلنا بثلاثة أيام مطلقاً أو في مورد الرواية [١]، ولم نقل انه مثال للضرر ، حيث يكون المناط حينئذ الضرر لاالثلاثة، فالظاهر ان المراد بها بياض الايام الثلاثة بالليلتين المتوسطتين ، ولايلزم مرور اثنتين وسبعين ساعة ،كما ذكروا تفصيل ذلك في عشرة المسافر وغيرها ، وفي حكم الثلاثة المستقيمة في مسائل الحيض وغيرها في العدة وغيرها .

واذا كان المناط الضرر فهو عرفي ، فلو ادعى انه يتضرر والعرف لايراه كان عليه بينة ، اذ لادليل على سماع قوله .

ثم قال الشرائع : ولو ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة أيام ، فان لم يحضره بطلت شفعته ، فان ذكر ان المال في بلد آخر اجل بمقدار وصوله اليه وزيادة ثلاثة أيام مالم يتضرر المشتري ، ومراده بوصوله اليه وصوله منه ،كما هو عبارة القواعد ، حيث قال : ولو ذكر انه في بلد آخر أجل بقدر وصوله منه، وثلاثة أيام بعده ما لم يستضر المشتري .

وفي مفتاح الكرامة :كما صرح بذلك كله في النهاية والمهذب والكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وغيرها .

وفي الجواهر : لا أجد خلافاً بينهم في ذلك ، وعن الغنية : هذا اذا لم يؤد الصبر عليه الى ضرر فان أدى الى ذلك بطلت شفعته بدليل اجماع الطائفة.

ثم قال الجواهر: ان ظاهر الخبر المزبور [(١)] ان ابتداء الثلاثة من حين شفعته لامن حين البيع ، وهو كذلك ، اذ ربما يتأخر الاخذ بالشفعة بعد أيام لعدم علم الشريك بالبيع .

ثم انه حيث عرفت ان الميزان الضرر لم يكن الاعتبار ببعد البلد أو قربه فربما كان البلد قريباً ، لكن يحتاج الى شهر مثلا من جهة مانع فى الطريق ، أو عدم الوسيلة أو ماأشبه، وربما كان بعيداً، لكنه يمكن تحصيل المال منه بسبب الالات الحديثة في وقت قريب، بل يدخل فى المماطلة اذا تمكن من تحصيل المال بسبب التليفون ونحوه فى هذه الإيام فلم يفعل .

ومما تقدم يظهر ، وجه الاشكال والاستقامة فى قول المسالك ، هذا اذا لم يتضرر المشتري بالتأخير بأن كان البلد الذى نسب الثمن اليه بعيداً جداً كالعراق من الشام ونحو ذلك ، والابطلت ، والمراد ببطلانها على تقدير عدم احضاره فى المدة المضروبة سقوطها ان لم يكن أخذ وتسلط المشترى على الفسخ ان كان قد أخذ ، ويعتبر الثلاثة ولو ملفقة لو وقع الامهال فى خلال اليوم والليالى تابعة للايام ، فان وقع نهاراً اعتبر كمال الثلاثة من اليوم الرابع ودخلت

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

الليالي تبعاً ، وان وقع ليلا أجل ثلاثة أيام تامة ، وتمام الليلة من الرابعة كذلك ـ انتهى .

اذ لادليل على لزوم أكثر من ثلاث بياضات نهار والليلتين المتوسطتين، فلا حاجة الى تمام الليلة من الرابعة، فان ثلاثة أيام عرفاً مختلفة بسبب اختلاف الموضوعات .

مثلا : اذا قيل : ثلاثة أيام من العمل ، اريد بها ثلاث نهارات فقط ،واذا قيل : كان ثلاثة أيام في المكان الفلانى ، أريد به مع الليل ، وربما يراد بهمع كمال الليالى ، والا فلااعتبار بالليالى الا المتوسطة الى غير ذلك.

ثم انهان احتاج الىالسفر الى بلد ليحضر المال ، فاللازمالسير المتوسط فلايجوز البطىء ،كمالايجب السريع خارج المتعارف ، وفى كل ذلك يجب الرجوع الى العرفلانه المرجع فى الفهم من النص .

ولذا قال فى المسالك : ويعتبر فىالذهاب الى بلد المال حصول مايحتاج اليه عادة من الرفيق وغيره ، ولايجب تحصيله باجرة عملا بالعرف ولايستثنى له فى نفس البلد زيادة عن تحصيل المال بالمعتاد ـ انتهى .

وتبعه فى ذلك الجواهر وغيره ، ولو لم يكن ضرر بذهاب الشفيع الى البلد والمجىء الى المال فذهب، ثم فىالاثناء حصل الضررعلى المشترى حق له فى الفسخ ، أو الامتناع ، اذ الحكم معلق على الضرر ، فلا فرق فيه بين حصوله من الاول أو فى الاثناء .

ثم في النص المتقدم عن ابن مهزيار[(١)]: فان أتاه بالمال والافليبع ،وبطلت

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

شفعته في الارض ، الى ان قال : فان وافاه والافلاشفعة له، والظاهر ولوبقرينة فهم العرف ان الشفعة لاتسقط تلقائياً ، وانما اذا لم يرد المشتري الشفعة ، والا فللشريك الاخذبالشفعة ان رضي المشتري .

ولذا قال فيمفتاح الكرامة فيأول كلامهان الحكم بالبطلان انما هو لمكان مراعاة المشتري ، فاذا رضى بالتأخير فقد أسقط حقه ، وأقصى ما دلت عليه الرواية[١] ان حق الشفيع يسقط بمعنى انهليس له المطالبة بالشفعة، وهولايستلزم سقوط حق المشتري من مطالبة الشفيع بالثمنبعد أخذه بالصيغة الناقلة،ورضى المشتري بالتأخير، ولادلالة فيها على بطلان حق الشفيع ، اذالشأن فيها كالشأن فيماورد في خيار التأخير،من انه لابيع له مع اطباق الاصحاب على بقاءالصحة وبقاء الخيار لافساده من أصله .

فمعنى قوله عليه السلام : بطلت الشفعة في الفرض الاول في الخبرانه لاشفعة له كما قال عليه السلام ذلك في الفرض الثاني .

ومعنى قوله عليه السلام : لاشفعة له[٢] انها غير لازمة كماقلناه في قوله عليه السلام :لابيع له في خيار التأخير ، من ان معناه لايلزم البيع، هذا أقصى مايمكن ان يقالفي توجيه ذلك ، وهوخروج عن صريح الرواية ، لانها صرحتبالبطلان .فيكون معنى قوله: لاشفعة له . انها باطلة، فيحمل الظاهر أو المحتمل على الصريح لا العكس ، ثم انه اذا بطل حق الشفيع وصار للاجنبي ،كيف يبقى حق المشتري ؟ وكيف يكون من قبيل قوله عليه السلام[٣] في خيار التأخير ؟ لابيع له ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٥٦ الباب ٩ من الخيارح ١ .

(٢) و (٣) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٥٦ الباب ٩ من الخيارح ١ .

وأنت خبير بأن أخير كلامه : غير ظاهر من الرواية ، فان الظهورات انما هي تابع للعرف، لا الالفاظ فقط، وتبعه في أخير كلامه الجواهر، ولو أخذ بظاهر النص،كان اللازم سقوط الحق حتى اذا رضي المشتري بالتأخير لاطلاقه ،فاللازم أما القول بالسقوط في كلا المقامين، أوعدم السقوط.

ومنه يعلم، ان قول الجواهر: أما لورضي بالتأخير في ابتداء الامر، أوفي أثناء الثلاثة ، فلايندرج في النص المزبور ، فيبقى على ماتقتضيه القواعد من الصحة، بخلاف مالومضت الثلاثة، وهومستمر على طلب الثمن، فلم يأت به الشفيع، فان ظاهر النص حينئذ عدم الاستحقاق والانفساخ، فلورضي بعد ذلك لم يجد في ثبوت حق الشفعة، أوفي بقاء الثمن في ذمة الشفيع، كما لو كان في الابتداء مثلا، خصوصاً بعد امكان الفرق بينها وبين العقد الذي له جهة صحة ولزوم ، بل قاعدة الضرر ونحوها انما تزلزل لزومه الذي هو مناط الضرر ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، والذي يؤيدما ذكرناه الاستدلال في الرواية بلاضرر[1] ، كما ان لاضرر هوالدليل العام أيضاً ، حيث يفهم منه ان الضررهوالذي سبب التشريع فهومنه، كماقالوا مثله في ما اذا كان في الوضوء أو الغسل أو الصلاة واقفاً، أوالصوم ضرراً ، لا بقدر مامنع الشارع عن تلك الامور ، كما اذا سبب الموت أوماأشبه، وانما كان ضرراًخفيفاً، فانه يحق له ان يصوم ويغتسل ويتوضأ ويصلي واقفاً، وانما يرفع الضرر اللزوم لاالجواز، كما انه يؤيده أيضاً ان الشفعة حق عرفي، والعرف يرون ذلك، ولم يعلم ان الشارع قرر خلاف العرف.

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ من الشفعة ح ١ .

ومنه يعلم، وجه النظر فى الشق الاول في المحكى عن التذكرة وجامع المقاصد والمسالك من كون المراد ببطلان الشفعة على تقدير عدم احضاره في المدة المضروبة سقوطها ان لم يكن أخذ، وتسلط المشتري على الفسخ ان كان قد أخذ، اذ اللازم ان يقال سقوط اللزوم لاسقوط الجواز، وسيأتي بعض الكلام في ذلك في مسألة الخيار، وفى مسألة مدخلية دفع الثمن في ملك الشقص.

ثم انه قد ظهر مما تقدم ، ان الشريك لو أخذ بالشفعة ، لكنه لايتمكن من دفع المال، وان كان المال موجوداً بأن كان المال مثلا: في البنك والحكومة قد حجز على المالك في رصيده الى مدة شهر، أو الى اشعار آخر أو ما أشبه، كما هي شأن الحكومات الحاضرة فى بعض الاحيان فمقتضى القاعدة انه ان تضرر المشتري بالتأخير لم يكن للشفيع الاخذ وان لم يتضرر كان له الاخذ باطلاق دليل الشفعة خرج منه صورة الضرر أو الحرج فاذا لم يكن ضرر وحرج كان للشريك ذلك.

وكذا الحال فى العكس بأن حجز الدولة على المشتري بحيث لايتمكن من تسلم المال من الشريك ، فليس الاعتبار بحجز الدولة وعدم حجزها، وانما الاعتبار بدليل لاضرر، كما انه لااعتبار بكل شئون الدولة المخالفة لقواعد الشفعة شرعاً، كما انه كذلك بالنسبة الى القوانين المخالفة لسائر الشئون الشرعية في مختلف أبواب المعاملات وغيرها، فيصح أخذ الشريك بالشفعة واقعاً ، وان منع الدولة من البيع للشريك، كما انه كذلك فيما منعت الدولة بيع المشتري، الى غير ذلك من الامثلة.

(مسألة ـ ١٠ ـ) قال في الشرائع: وتثبت للغائب.

وقال في مفتاح الكرامة : باجماع الفرقة وأخبارهم كما في الخلاف ، وباجماع علمائنا كافة كما في التذكرة، ولاشبهة في ذلك كما في المسالك .

وقال في الغنية: يستحق الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف ، وان كان حاضراً في البلد ، وكذلك حكم المسافر اذا قدم من غيبته وبالحكم صرح في المقنع، وأكثر ماتأخرعنه.

وفي الجواهر: بلاخلاف ولااشكال بل عن الخلاف والتذكرة الاجماع عليه .

أقول : ويدل على الحكم المذكور، مارواه السكوني،[1] عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة اذا كان له فيه رغبة وقال للغائب الشفعة .

وعن دعائم[2] الاسلام ، عن أمير المؤمنين عليه السلام ، انه قال: ولايقطع الشفعة الغيبة .

وقال عليه السلام :[3] الشفعة للغائب والصغير، كما هي لغيرهما اذا قدم الغائب وبلغ الصغير .

وعن أبي عبدالله عليه السلام[4] ، انه قال : في الشفيع يكون غائباً عن البيع ؟ قال : لايقطع الشفعة حتى يحضر علم بالبيع أو لم يعلم .

وعنه عليه السلام[5]، انه قال : في الشفيع يحضر وقت الشراء ثم يغيب ثم يقدم فيطلب

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٨ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٢ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٣ .

(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٤ .

(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٥ . والدعائم : ج ٢ ص ٨٩ .

شفعته؟ قال : هو على شفعته ما لم يذهب وقتها ووقت الشفعة للحاضر البالغ سنة ، فاذا انقضت السنة بعد وقت البيع ولم يطلب شفعته فلا شفعة له .

وعن الصدوق (١) في المقنع الذي هو متون الروايات قال : ووصي اليتيم بمنزلة أبيه ، يأخذ له بالشفعة ، وللغائب شفعة .

لكن لايخفى، انه لايمكن العمل برواية الدعائم في جعل وقت الشفعة سنة، لانه مخالف للنص والفتوى ، ولعله من جهة التقية أوغيرها .

ثم ان الجواهر قال : ولافرق نصاً وفتوى بين طول الغيبة وقصرها ، نعم ينبغي تقييده بما اذا لم يتمكن من الاخذ بنفسه أووكيله، كما صرح به الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم، والا فان أخر مع امكان المطالبة كذلك بطلت شفعته، كما صرح به في محكي التذكرة، بل في التحرير لوأشهد على المطالبة ثم أخر القدوم مع امكانه، فالوجه بطلان شفعته، وكذا لولم يقدر على المسير، وقدر على التوكيل فترك ـ انتهى .

أقول: وينبغي أيضاً استثناء المدة الطويلة، كما اذا حضر بعد خمسين سنة مثلا ، فانه منصرف عن النص، بل والفتوى أيضاً، ولعل مراد صاحب الجواهر مالايشمل مثل ذلك ، خصوصاً اذا كان ضرر ونحوه .

أما التقييد الذي ذكره الفاضل والشهيدان والكركي وغيرهم، فوجهه الانصراف عن الغائب المتمكن ، خصوصاً بضميمة دليل لاضرر الوارد في النص الخاص والعام ، واللازم ان يراد بقول التذكرة بطلت شفعته بطلان اللزوم لاالاصل ، كما تقدم في المسألة السابقة ، وكذلك حال كلامه في التحرير ، ولاحاجة في قوله في التحرير لو أشهد على المطالبة ، اذ الحكم كذلك ، ولولم يشهد ،

---

(١) المقنع من (الجوامع الفقهية) ص ٣٤ سطر ٧ .

ولافرق في الاحكام المذكورة بين قدرة الشفيع على نفس المشتري ، أوعلى وكيله العام ، أوالخاص بالنسبة الى هذا المورد ، لوحدة الملاك في الجميع.

ثم قال الجواهر: وكذا لاتسقط شفعته بترك الاشهاد، وان تمكن منه فضلا عما لوعجز عنه، أوقدر على اشهاد من لايقبل قوله ، أوعلى من لم يقدم معه ، أومن يحتاج الى التزكية .

أما لوترك الطلب بمعنى انشاء الأخذ قولا بعد علمه بالحال، وعدم تمكنه من المسير والتوكيل في دفع الثمن فلم أجد لهم تصريحاً فيه، ولكن ينساق من فحواه عدم بطلان الشفعة لعدم ثبوت الفورية على الوجه المزبور والاصل بقائها ـ انتهى .

ووجه عدم سقوط الشفعة في فرعه الاول اطلاق دليل الشفعة بعد عدم الدليل على الاشهاد في الفرض المذكور، كما ان دليل الفرع الثاني أيضاً اطلاق دليل الشفعة نصاً وفتوى ، من غير تقيد بالطلب .

ولو قال: أخذت بالشفعة وأشهد فيما كان اللازم عليه الاخذ العملي لا الاخذ القولي فقط لم ينفع .

أما اذا أخذ بالشفعة عملا بدون قصده انشاءاً، فالظاهر انه لايصح، لانه نوع معاملة ، والمعاملات بحاجة الى الانشاء ، نعم الظاهر انه لايحتاج الى اللفظ لجريان المعاطاة فيه أيضاً باطلاق أدلتها .

ولو وقف المشتري الشقص أونذره أو وهبه لمن لايتمكن من الاسترجاع منه أوماأشبه ذلك، لم تبطل الشفعة اذ الشفعة سابقة على هذه الحقوق، فاطلاق أدلتها تقتضي عدم الفرق بين وقوع هذه الحقوق على المبيع وعدمه، وسيأتي الكلام في ذلك .

ولو كان للغائب وكيل عام ، ففي التحرير له الأخذ بالشفعة مع المصلحة للغائب ، وكذا لو كان وكيلا في الأخذ، وان لم يكن مصلحة .

قال في الجواهر بعد نقله كلام التحرير: وفيه انه لافرق بينهما في مراعاتها مع الاطلاق ، وعدمها مع التصريح ، والظاهر انه لاوجه للاشكال المذكور ، اذ معنى كونه وكيلا في الاخذ ، وان لم يكن مصلحة انّه لااطلاق ، فالفرق واضح كما ذكره التحرير .

ثمّ ان الميزان في المصلحة وعدمها العرف لاالواقع ، فاذا أخذ بالشفعة ثم تنزل السوق مثلا لايقال: انه حيث لم يكن مصلحة في الواقع تبطل الشفعة، لان الظاهر في وقت الاخذ وجود المصلحة .

وعن التحرير انه لو ترك هذا الوكيل الاخذ كان للغائب المطالبة بها مع قدومه ، سواء ترك الوكيل لمصلحة أو لا ؟

وعلق عليه الجواهر بقوله: وهو كذلك ان لم يكن ذلك منه اسقاطاً لها، مع فرض عموم وكالته ووجود المصلحة فيه ـ انتهى .

وذلك لان اسقاط الوكيل العام كاسقاط أصل المالك، أما اذا لم يكن الوكيل عاماً، فلاأثر لاسقاطه الا أن يكون وكيلاً خاصاً في الاسقاط والاثبات ، وحيث ان الشفعة حق كما يفهم من العرفية التي هي مناط الحكم الشرعي على ماسبق كانت قابلة للاسقاط من الاصيل أوالوكيل .

نعم، لو أسقط شفعته قبل البيع يحتمل أن لاتسقط، لانه كالابراء قبل الدين فالحق قبل ثبوته ليس قابلا للسقوط الا اذا كان دليل على ذلك ، ولا دليل في المقام .

ولو نذر أن لايأخذ بالشفعة أونهاه والده أو زوجها أوماأشبه فأخذ ، أو

أخذت بها لم يضر النذر ونحوه في الشفعة، اذ النذر ونحوه تكليفي فلايوجب الوضع .

نعم، الاخذ بالشفعة فعل حراماً في ذلك ، فهو كما اذا نذر أن لايشتري أوباع وقت النداء ، فان البيع صحيح، وان كان الفاعل فاعلا للحرام، أما اذا شرط عليه في ضمن عقد ونحوه ، أن لايأخذ بالشفعة ، فالظاهر ان أخذه بها لغو ، لان الشرط يوجب الوضع، كما قرّر في مبحث الشرط ، وذكرناه في المكاسب .

ثم ان الجواهر قال : ومن لم يعلم بالحال كالغائب ، وان كان حاضراً ، وكذا المريض الذي لايتمكن من المطالبة بنفسه ولابوكيله ونحوهما المحبوس ظلماً أو بحق يعجز عنه ، أما اذا كان محبوساً بحق يقدر عليه ، فهو كالمطلق - انتهى .

ومراده المحبوس ظلماً بحيث لايقدر على نجات نفسه ، والا فلو قدر فهو، والمحبوس بالحق، سواء كمالايخفى، فان الميزان القدرة .

أما كون حبسه بالحق أو بالباطل ، فليس بميزان ، والظاهر ان الجواهر فرضه في المحبوس ظلماً الذي لايتمكن من الانفكاك .

وكيف كان ، فالظاهر انه لافرق بين الحاضر والغائب الذي هو أحد أفراد المطلق ، وانما ذكره الاصحاب بالخصوصية تبعاً للنص عليه ، والا فالحاضر أيضاً اذا فرض كون المانع عن احضار الثمن عذر شرعي ، مثل مرض ،أوحبس بحق يعجز عنه أوغير ذلك كان حكمه حكمهم ، ولاينافيه حسن[(١)] ابن مهزيار المتقدم ، الظاهر في البطلان من حيث عدم احضار الثمن بمعنى عدم تيسره ،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

لامن جهة اخرى كما قاله الجواهر ، اذمن الواضح انه لافرق بين الحاضر والغائب في الملاك ، فالحاضر غير القادر والغائب القادر يحكم على الاول ببقاء حقه ، وعلى الثاني بزوال حقه .

ثم قال الجواهر : والمغمي عليه كالغائب كما في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والدروس ، أي ينتظر افاقته ، وان تطاول الاغماء ، اذ لاولاية لاحد عليه ، فلا يتصور الاخذ عنه ، كما في الدروس وجامع المقاصد ، فان أخذ أحد لغى ، وان أفاق وأجاز ملك بالاجازة لاقبلها ، فالنماء للمشتري قبلها ، قيل :ولعله لانه لامجيز له في الحال ، فيكون كالصبي الذي لاولي له في أحد القولين ـ انتهى .

وفيه : انه لادليل على ان المغمى عليه الذي يطول اغمائه لاولي له ، بل مقتضى القاعدة ان يكون أبوه وجده ولياً للملاك ، ولما دل على ان ﴿ أولوا الارحام بعضهم أولى ببعض ﴾[1] و ﴿الاقربون أولى بالمعروف ﴾ بعد خروج غير الاب والجد عن ذلك في المقام ، ولوبدليل عدم ولاية غيرهما في الطفل.

ولو فرض عدم القول بولايتهما على المغمى عليه كان الحاكم ولياً ، فانه ولي الغائب والممتنع والقاصر ونحوهم والمغمي عليه أحدهم ، فانه لايمكن القول بانه ليس له ولي يتصرف في شئونه حسب الصلاح اذا كان أغمائه ممتداً كشهر وما أشبه ولعل مراد المذكورين من المغمى عليه ما يتعارف من الاغماء ساعة ونحوها بل وحتى في الاغماء ساعة اذا احتاج الى الولي.

ثم انه لو أخذ بالشفعة في حالة السكر، فان كان سكراً موجباً لذهاب العقل

(١) سورة الأحزاب : الآية ٦ .

فلا اعتبار بأخذه ، ولايمكن قياس المسألة بعقد السكرى نفسها ، لانه ان قلنا هناك بصحة العقد كان للدليل الخاص كماهو واضح .

أما اذا كان السكر خفيفاً لاينافي عقله وشعوره ، وان كان على عقله غشاوة خفيفة ، فالظاهر صحة أخذ بالشفعة باطلاق الأدلة ، وحيث ان الظاهران الشفعة ليست معاملة ، وانما هي ايقاع لايشترط الصحة في المشتري بنفسه أووليه أووكيله ، فاذا اشترى ثم اغمى عليه أوسكر أوماأشبه أواشترى ولي الطفل والمجنون ، ثم أغمى عليه حق لمالك الشقص ان يأخذ بالشفعة ، وذلك لاطلاق النص والفتوى .

ولو أكرهه مكره على الاخذ بالشفعة وهو لايريدها لم تقع شفعة لعدم قصد الانشاء[1] ، أماإذا قصد الانشاء فالظاهر أيضاً انه مرفوع بدليل رفع الاكراه كسائر المعاملات والايقاعات الاكراهية كالطلاق ونحوه ، أما اذا أكرهه على عدم الاخذ بالشفعة ، فان الظاهر انه لاتنفع النية .

نعم ، اذاارتفع الاكراه كان له الحق في الاخذ اذالم يوجب طول المدة ضرراً على المشتري ، وذلك لاطلاق الادلة في المستثنى والمستثنى منه .

---

(١) الوسائل : ج ١١ ص ٢٩٥ الباب ٥٦ من جهاد النفس ح ١ .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الشرائع : وتثبت للسفيه .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة مثله : قد سمعت اجماع الخلاف ، وكذا الغنية على ثبوتها له للعموم ، فالذي يأخذله وليه ، وفي الجواهر بعد ادعائه عدم الخلاف ، والاشكال في ثبوتها له قال : الا ان الذي يأخذله الولي ولوباجازته له ذلك أواذنه له فيه على حسب غيره من التصرفات المالية .

أقول :أماأصل كون الشفعة للسفيهفلاطلاق الادلة، وأماان الاخذهوالولي، فلما دل على ان السفيه ممنوع من التصرف في أمواله ،كما ذكرناه في[كتاب الحجر] فالولي هو الذي يتولى شئونه ، وأما ماذكره الجواهر أخيراً فلان عبارته ليست مسلوبة كعبارة الصبي والمجنون على ماقالوا في الصبيوالاجماع فيالمجنون، فللولي ان يأخذ بنفسه ،كما له ان يوكل نفس السفيه فيالاخذ.

نعم ، ماذكره الجواهر أخيراً بأن له الاخذ بنفسه مع اجازة الولي ، بل قد يحتمل جواز ذلك له مع رضي المشتري بالبقاء فيذمته، أوابرائها له ،وان كان خلاف ظاهر الاصحاب ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، اذ قد ذكرنا في [كتاب الحجر] ان كل تصرفاتالسفيه ممنوع عنهـا ، وان كان بالمصلحة ، فماهو ظاهر الاصحاب هو المستفاد من الادلة،كما ان ماذكره أيضاً بالفرق بينهما بسلب عبارتهما أيالصبيوالمجنون دونالسفيه أيضاً محل تأمل بالنسبة الى الصبي المميز، فانه أي دليل علىسلب عبارته ، واذا لم يكن الـدليل ، فما المانع من أن يوكله الولي في أن يأخذ بالشفعة .

ثم انه اذا لم يأخذ ولي الطفل والمجنون والسفيه وكملوا فلهم الاخذ ،

سواء كان في المصلحة أو لا ؟ لان الشفيع له الاخذ ، وان لم تكن المصلحةفي الاخذ .

نعم يشترط في الاولياء عدم المفسدة كما قرر في محله، خلافاً لمن اشترط المصلحة ، وقد ذكرنا وجه القولين في كتابي : [النكاح والحجر] ومقتضى القاعدة أن لهم الاخذ ، وان طال الزمان اذا لم يكن ضرراً ، نعم اذا أسقط الولي الشفعة ، حيث انها حق كما تقدم ، ولم يكن الاسقاط مفسدة مما كان ممنوعاً عنها لم يحق لهم بعد الكمال الاخذ ،كما انه اذا تبدل الولي كان للولي الثاني الاخذ اذا لم يكن اسقاط من الولي الاول بحق ، واذا كملوا واختلفوا مع الولي في انه هل كان الاسقاط بحق أم لا ؟ فأدعى الولي انه كان بالحق، وأدعوا انه لم يكن حقاً كان الحكم مع الولي ، لانه المفوض فهو كذي اليد، فقوله حجة ، الا أن يقام على خلافه دليل .

ومما تقدم يظهر وجه الاخذ والرد في قول القواعد حيث قال : وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الاخذ عنهما الولي مع المصلحة، فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة الا أن يكون الترك أصلح ، ولو أخذ الولي مع أولوية الترك لم يصح ، والملك باق للمشتري ـ انتهى .

ولو لم يعلم الحال بأن تركه هل كان اسقاطاً أو تركاً ؟ فالظاهر ان لهم أو الولي المتجدد الاخذ ، لان الاسقاط خلاف الاصل .

كما انهم لو لم يعلموا ، هل ان الاخذ كان عن مصلحة ، أوعدم المفسدة أو مع المفسدة ، كان مقتضى القاعدة حمل فعل الولي على الصحة .

قال في الجواهر : وكذا لاأجد خلافاً بينهم في ثبوتها للمفلس ، لاطلاق الادلة وامكان رضى المشتري بالبقاء في ذمته ، أو ابرائها ، أو استدانته من غير

ماله الذي تعلق به حق الغرماء ، أو رضوا هم بدفع ذلك من ماله ، وان كان لا يجب عليهم، بل لهم منعه من ذلك، بلاخلاف أجده فيه ، ولااشكال ـ انتهى .

وذلك كما ذكره ، وهناك فرق بين المفلس والسفيه ، حيث ان أعمال المفلس بالنسبة الى أمواله الموجودة ليست بصحيحة لامطلقاً، أما السفيه فأعماله بالنسبة الى المال مطلقاً غير صحيح ، كما ذكرنا التفصيل في [كتاب المفلس].

أما ماعن القواعد والتحرير وجامع المقاصد من انه ليس للغرماء الاخذ بها ولااجباره عليها ، وان بذلوا له الثمن ولامنعه منه ، وان لم يكن لهم فيه حق ، لانه لاملك له قبل الاخذ ليتعلق بهم حقهم ، وكونها حقاً مالياً لايقتضي التعلق المزبور بالاصل ، ولايجب عليه الاكتساب لهم ، ولان ذلك حق له ، وليس من لوازم التصرف فيما تعلق حقهم به من ماله ، فلادخل له بذلك ، وان لم يكن فيه حظ له ـ انتهى .

فمحل تأمل ، اذ قد ذكرنا في [كتاب المفلس] ان من المحتمل قريباً وجوب الاكتساب عليه بأداء ديونه، فاذا امتنع كان لهم اجباره بواسطة الحاكم الشرعي ، واذا لم يتيسر الحاكم الشرعي ،كان لهم ذلك من باب ولاية عدول المؤمنين ، أو من باب التقاص بملاكه ، وتفصيل المسألة هناك .

قال في الجواهر : ولو أخذ ولم يتيسر له الثمن ولم يرض المشتري بالصبر كان له الانتزاع منه ، ولاينافيه تعلق حق الغرماء ، لانه انتقل اليه على الوجه المزبور ،كما هو واضح ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، اذ حق الغرماء في طول حق المشتري ، فاذا لم يسقط حق المشتري لم يكن وجه لحق الغرماء .

وكيف كان ، فقد ظهر مماتقدم وجه قول الشرائع : وكذا تثبت للمجنون

والصبي ويتولى الاخذ الولي لهما مع الغبطة ، ولو ترك الولي المطالبة فبلغ الصبي أو أفاق المجنون فله الاخذ ، لأن التأخير لعذر ـ انتهى .

وتقييده بالغبطة مبني على ان تصرفهما يجب أن يكون مع الغبطة ، لكنا ذكرنا في كتابي : [النكاح والحجر] انه يلزم أن يكون خالياً عن المفسدة ، لا أن يكون مع الغبطة،ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه لم يجده في كلام من تقدم عليه حتى معقد اجماع الخلاف وغيره .

ثم قال: ولعله لحظ الرغبة المراد بها المصلحة في الخبر، ومراد الجواهر بالخبر ما رواه السكوني[1] ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : ليس لليهودي والنصراني شفعة ، وقال : لاشفعة الا لشريك غير مقاسم . وقال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : وصي اليتيم بمنزلة أبيه يأخذ له الشفعة اذا كان له رغبة، وقال: للغائب شفعة .

نعم لاشك في انه مع المفسدة لاتصح ،كما يدل عليه أبواب عقد النكاح وأبواب المهور ، وأبواب ميراث الازواج من [كتاب الارث] .

بل يؤيده ما عن[2] الدعائم ، عن علي عليه السلام ، انه قال : الوالد يقوم بالشفعة لولده الطفل ، والوصي لليتيم ، والقاضي لمن لاوصي له اذا كان ذلك من النظر اليه ، فان ظاهره انه اذا لم يكن من النظر اليه لم يكن له .

أما اذا كانت الشفعة مفسدة للطفل وكان الولي يتدارك المفسدة بما يصبح مصلحة ، أو بدون مصلحة ومفسدة ، فالظاهر انه لامانع من الاخذ ، اذ ليس

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ من الشفعة ح ٢ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ٢٤٨ الباب ٦ ح ٥ .

مثل هذا الاخذ مفسدة بعد تداركها، وكذا في سائر مايفعله وليه، وولي المجنون والحاكم والوصي والقيم وماأشبه بالنسبة الى أموال القصر، حيث ان المفسدة المتداركة لاتسمى مفسدة .

ومما تقدم يعلم ، انه اذا كانت المصلحة في الاخذ بالشفعة لم يكن للولي اسقاطها الا اذا تدارك الضرر ، أما اذا لم تكن مصلحة ولامفسدة، فكما انه له الاخذ كذلك له الاسقاط .

ومن ذلك ظهر، وجه قول الشرائع: انه لو عفا الولي فى الحال المزبور لم يمض عفوه حتى من الأب والجد مع فرض مفسدة فى ذلك للمولى عليه ، أما قوله بعد ذلك، كمالاينافيه أيضاً الضرر على المشتري بطول الانتظار، اذهو كالاجتهاد فى مقابلة اطلاق النص والفتوى ، خصوصاً بعد ان كان هو السبب في ادخال الضرر على نفسه بذلك ، وخصوصاً بعد ثبوت مثله فى الغائب ـ انتهى .

فغير ظاهر الوجه، اذ قدعرفت فيماتقدم ان لاضرر محكم على دليل الشفعة فانه من الادلة الثانوية المحكمة على الادلة الاولية مطلقاً .

ثم ان مفتاح الكرامة قال: والظاهر ان ذلك غيرواجب على الولي للاصل وعدم تصريح أحد بالوجوب، بل ظاهرهم عدمه ، حيث يقولون كان لوليه فلوليه أن يتولى الاخذ له، ولم يقل أحد على الولي، أويجب على الولي، نعم احتمل المقدس الاردبيلي فيمايأتي في مسألة ماذا أهمل ان يكون اهماله حراماً ثم استظهر العدم ـ انتهى .

والظاهر ان في المسألة التفصيل بانه اذا كان ترك الاخذ بالشفعة مفسدة كان واجباً على الولي الاخذ ، لان الولي وضع لدرء المفسدة ، أما اذا لم يكن في

الترك مفسدة،كان كماذكره على ماتقدم .

وكيف كان، فقد ظهر مماتقدم، ان قول الشرائع: واذا لم يكن في الاخذ غبطة فأخذ الولي لم يصح ، يلزم ان يراد بالغبطة الاعم من المصلحة ، أوعدم المفسدة بالنسبة الى نظر كل جماعة من الفقهاء في الشرط المذكور ، فاذا قلنا باعتبار المصلحة ، ولم تكن مصلحة لم يصح ، واذا قلنا باعتبار عدم المفسدة وكانت الشفعة مفسدة لم يصح .

ومماتقدم يظهر، انه يجب ان يقيد كلام الفاضل في جملة من كتبه وجامع المقاصد والروضة من انه لا شفعة لهما بعد الكمال اذا كان الترك من الولي أصلح من الاخذ، أوكان في الاخذ فساد على المولى عليه ـ انتهى .

بقيدين لا بقيد واحد، كماصنعه الجواهر، حيث قال: ولعله كذلك اذا كان ذلك لاعسار الصبي ونحوه ممايقتضي عدم ثبوت الشفعة له للعجز ، بناءاً على سقوط الشفعة بـه كماعرفت، أما اذا لم يكن كذلك ، فيشكل السقوط لاطلاق الادلة، ولاينافيه عدم جواز أخذ الولي المعتبر فيه المصلحة، أوعدم المفسدةـ انتهى .

والقيد الثاني : هو قيد عدم تضرر المشتري لطول المدة، والا فلم يكن للصبي بعد الكمال الاخذ، وكذلك المجنون، ويحتمل حينئذ انه اذاكان الولي سبباً للضرر كان الواجب عليه التدارك بدليل لاضرر وغيره، كماذكرنا تفصيله في بعض مباحث [الغصب] وقلنا: ان لاضرر كماينفي الحكم،كذلك يثبت الحكم أيضاً، ولو بمعونة الادلة الاخر، مثل: (لاتبطل حقوق المسلمين)[1].

وكيف كان، فاذا ترك الولي الاخذ بالشفعة ، فان كان اسقاطاً فيما له الاسقاط

---

(١) انظر : الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٨ والمستدرك : ج ٣ ص ٢١٥ باب نوادر الشهادات .

لم يكن له الحق في الرجوع، وان كان تركاً كان له الحق في الرجوع .

نعم اذا كانت المصلحة في الاخذ، لم يكن له حق الترك والعفو، فاذا ترك أوعفا لم تبطل الشفعة بذلك، ولذا قال في الجواهر : لعل الاقوى جواز تجديد الولي الاخذ، وان ترك سابقاً أوعفا، كماصرح به بعضهم ببطلان تركه وعفوه، فلايترتب على أحدهما أثـر ، وليس هما من التراخي المسقط للشفعة قطعاً ، لان تقصيره السابق بمنزلة عدمه بعد فرض بقاء حق الشفعة للمولى عليه وقول الخلاف فى الترك ظاهر فى غير الاسقاط .

فقد قال فى محكيه كمافي مفتاح الكرامة : اذا كان للصبي شفعة ولاحظ له في تركه فترك الولي وبلغ الصبي رشيداً، فله المطالبة بالاخذ وله تركه، لانه حقه، وليس على اسقاطها دليل، وأيضاً جميع العمومات التي وردت في وجوب الشفعة تتناول هذا الموضع ولا دلالة على اسقاطها بترك الولي ـ انتهى .

ولو ترك الاخذ الولي السابق ثم جاء الولي اللاحق ولم يعلم هل ان الترك كان لعدم المصلحة؟ أوعفواً أوتركاً خالياً؟ فله أن يعمل حسب نظره، فاذا رأى المصلحة ولم يعلم ان الترك كان اسقاطاً صحيحاً، كان له الاخذ .

أما اذا لم ير مصلحة، أوعلم ان الترك كان اسقاطاً صحيحاً فليس له الاخذ واذا أخذ الولي السابق وجاء الولي اللاحق، فان علم انه كان مفسدة فله الاسقاط لمافعله، وان لم يعلم فالواجب عليه الابقاء على مافعله الولي السابق حملا لفعل المسلم على الصحيح .

ثم انه ان لم تكن مصلحة في الاخذ بالشفعة في حين البيع ثم تجددت المصلحة فللولي الاخذ، كماانه لو انعكس بأن كانت المصلحة فأخذ ثم تجددت المفسدة كان أخذه صحيحاً .

أما اذا كانت مفسدة فأخذها ، ثم تجددت المصلحة ، فهل الاخذ باطل باعتبار وقته ؟ أوصحيح باعتبار مااستأنف ؟ احتمالان ، والظاهر ان المرجع العرف في انه هل يرى ان العمل كان مصلحة في الجملة فالاخذ صحيح ، وان رأى انه لم يكن مصلحة فالعمل باطل .

ولو قيل بأن الاستصحاب يقتضي البطلان فالظاهر ان له الان الاخذ ، لانه مصلحة ، وقد ذكر الفقهاء مثل هذه المسألة ، فيما اذا كان غبناً ثم تجدد عدم الغبن .

أما اذا لم يكن غبن ثم تجدد الغبن، فلاخيار له، ولو ادعى الصبي انه كان بالغاً حين أخذ الشفعة وهو لايريدها أوتركها أوأسقطها وهو يريدها، كان عليه الاثبات لان الاستصحاب يقتضي بقاء الصغر ، وكذلك في السفيه والمجنون ونحوهم ، وفي المقام فروع كثيرة ذكرها شراح الفاضلين وغيرهم هنا ، وفي [كتاب الحجر] وغيرهما تركناها خوف التطويل، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ١٢ ـ) قال في الشرائع : وتثبت الشفعة للكافر على مثله، ولا تثبت له على المسلم ولو اشتراه من ذمي، وتثبت للمسلم على المسلم والكافر ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة: فانكان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الاسلام، وان اشتراه من ذمي، والا فلا، فلاشفعة لكافر على مسلم،كما صرح بـه في المقنعة والانتصار والنهايـة والمبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة وفقه الراوندي والغنية والسرائر وسائر ماتأخر .

وقدحكى عليه الاجماع فيالانتصار والخلاف والمبسوط والغنية ومجمع البرهان، وظاهر التذكرة، حيث نسبه الى علمائنا، وفي السرائر انه لا خلاف فيه، وفي المسالك كأنه موضع وفاق، وفي الجواهر بلاخلاف، بل عن جماعة الاجماع عليه، قاله عند الفرع الأول: للمحقق، وعند الفرع الثاني: بلا خلاف فيـه أيضاً ، بل الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكى عنهما مستفيض ان لم يكن متواتـراً ، وفي الفرع الثالث : اجماعاً ، أو ضرورة من المذهـب ان لم يكن الدين .

أقول: اذا كان المشتري والشريك كلاهما كافراً، وكان من دينهما الشفعة، سواء في حدود مانقول أوأوسع أوأضيق، كانت الشفعة لقاعدة الالزام ذمياًكانا أوحربياً لماذكرناه في بعض مباحث [الفقه] من ان الحربي أيضاً يجري عليه أحكام دينه اذا راجعونا، وكذلك في المخالفين بنفس القاعدة، ولاشأن للبائع فى المسألـة ، فانه سواء رأى الشفعة أم لا ؟ حق للشريك الاخذ بالشفعة ، فان البائع ببيعـه قد خرج عن الامر ، ولايبعد أن يكون الفرق المحكوم بكفرهم

في حكم الكافر أيضاً، وان كنا قد أشكلنا في بعض فروض المسألة في [كتاب الارث] وغيره .

واذا كان كلاهما مسلماً يريان الشفعة أو لايريان الشفعة فلا كلام، أما اذا كان أحدهما يرى الشفعة والاخر لايرى الشفعة، فان كان الشريك لايرى الشفعة، فلا كلام أيضاً لانه لايأخذ بها .

أما اذا كان المشتري لايرى الشفعة لاختلاف المذهب ، فهل للشريك الاخذ بالشفعة ، لان الشفعة حكم واقعي ، والناس جميعاً مكلفون بالفروع كتكليفهم بالاصول، أولايتمكن من الاخذ، لقاعدة الالزام وقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان قاعدة الالزام أعم مما له ومما عليه .

ولذا يحق لمن طلق زوجته ثلاثاً في مجلس بلا شهود وعدول ان يتزوج باختها أو بالخامسة ، وكذلك يحق للمرأة كذلك أن تتزوج بعد انقضاء عدّتها اذا كانت لهاعدّة، وبدون الانقضاء اذا لم تكن لها عدّة كغير المدخولة واليائسة ونحوهما؟ احتمالان :

وان كانت الصناعة تقتضي تقديم قاعدة الالزام[1] أما مايظهر من مذاق الفقهاء فهو تقديم حكم الشفعة فتأمل .

ولايخفى ان الكلام في المذهبين لا المختلفين اجتهاداً أو تقليداً ، اذ في المختلفين ، قد ذكرنا غير مرة ان اللازم المراجعة الى قاض ، فماقضى فهو نافذ حتى على من لايرى رأيه .

ومنه يعلم الكلام في القسم الثالث: وهو ماكان الشريك مسلماً والمشتري

---

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٣٢١ .

كافراً، فان الكافر اذا كان من رأيه الشفعة فلااشكال في أخذ المسلم منه .

أما اذا لم يكن من رأيه الشفعة ففيه الاحتمالان المذكوران .

نعم قد عرفت ان الجواهر ادعى الاجماع أو الضرورة من المذهب ان لم يكن من الدين على ان للمسلم الاخذ من الكافر مطلقاً،فان ثبت الاجماع فهو، والا فهو محل نظر ، اذكيف يجبر الكافر على ما لايعتقد به من الفروع ، مع انه يقر على دينه في باب الذمة .

أما في القسم الرابع : وهو ما كان الشريك كافراً ، والمشتري مسلماً ، فلا يتمكن بما عرفت ، ولقوله سبحانه وتعالى : ﴿ لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾[1].

وقوله عليه السلام : (الاسلام يعلو ولايعلى عليه)[2] فلا يتمكن الكافر من قهر المسلم على أخذ ماله من يده ، لكن ربما يقال : انه من باب الحكم الشرعي ، لامن القهر ، فهوكسائر الاحكام الشرعية ،كما اذا كان المسلم مستديناً من الكافر ، أو كان أجيراً عنده أو ما أشبه ، حيث انه ليس من السبيل ، ولامن علو الكافر على المؤمن ، وانما هو من باب التزام المسلم بأحكام الاسلام والتي منها الشفعة ، ولذا اذا تزوج كافرة وجب عليه النفقة ، فلا يقال : انها سبيل منها عليه ، الى غير ذلك من الامثلة ، والعمدة في المسائل المذكورة الاجماع .

وفي حديث الفقيه ، عن طلحة بن زيد[3] ، عن جعفر بن محمد ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام في حديث قال : ليس لليهودي ولا للنصراني شفعة .

---

(١) سورة النساء : الآية ١٤١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٥٥ الباب ١ من المواريث ح ٥ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ من الشفعة ح ١ .

وفي رواية الكافي وغيره ، عن السكوني[1] عن أبي عبدالله عليه السلام قال : ليس لليهودي ولا للنصراني شفعة .

وعن الدعائم[2] عن أميرالمؤمنين عليه السلام ، انه قال : الشفعة لليهود والنصارى فيما بينهم ، وليس لاحد منهم على مسلم شفعة .

وهذا يؤيد فتوى المشهور .

وعن الرضوي[3] عليه السلام : ولا شفعة ليهودي ولا نصراني ولا مخالف .

وفي مفتاح الكرامة : قالوا ان المراد على المسلم للاجماع على ثبوتها لهما على غيره ، حكاه جماعة ، واختصاص النص وأكثر الفتاوى بالذمي ، لعله لندرة اتفاق شركة المسلم مع الحربي ، أو للتنبيه عن الأدنى بالاعلى ـ انتهى.

وقد ذكرنا في بعض مباحث [الفقه] ان الحربي يعامل أيضاً في سائر المعاملات كسائر الكفار ، نعم للمسلم أخذ ماله ، فهي مسألة ثانوية ، فماذ كره مفتاح الكرامة هو مقتضى القاعدة ، ثم لو اشتراه وهو كافر فأسلم والشريك كافر ، فالظاهر انه لايتمكن الشريك من الاخذ بالشفعة ، لان الشفعة وان كانت، لكنها سقطت بالاسلام ، فاستصحاب الشفعة لاوجه له .

ولو اشتراه وهو مسلم والشريك كافر ثم كفر ، فهل للكافر الاخذ بالشفعة باعتبار الحال ، أو ليس له ذلك باعتبار حال الاشتراء ؟ احتمالان ، لكن لايبعد ان لايكون له حق الشفعة ، لان حق الشفعة يتعلق حين البيع ، وحين البيع لم يكن شفعة .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ من الشفعة ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٦ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٧ .

ولو كان المسلم الشريك لايرى الشفعة، كما في الجيران مثلا، أو في الاكثر من الاثنين ، أو فيما لاشفعة فيه، ولكن الكافر المشتري والمخالف يريان الشفعة فالظاهر ان للمسلم الحق في أخذ الشفعة ، لقاعدة الالزام الواردة على القاعدة الاولية ، ولهذا للعصبة الحق في أخذ الارث من المخالف، وان كان في المذهب الشيعي لايحق له لوجود الاقرب ، وفي المقام فروع اخرى تظهر مما سبق .

ثم انه لاينبغي الاشكال في ثبوت الشفعة للمخالف على المؤمن الا ان يكون المخالف من الفرق المحكوم بكفرهم فلا شفعة، وكذلك الشفعة للمنافق على غير المنافق ، لاطلاق أدلة الشفعة الشامل لهما ، وكون المنافق كافراً واقعاً، لايضر لجريان أحكام الاسلام عليه ، كما ذكرناه في بعض مباحث [الفقه] وهو المعلوم من سيرة الرسول صلى الله عليه وآله وسيرة علي عليه السلام .

وبذلك يظهر ، وجه النظر في قول الحدائق ، فانه بعد ان روي الرضوي[(١)] المتقدم : لاشفعة ليهودي ولانصراني ولامخالف، قال : وهو صريح في عدم جواز الشفعة للمخالف وفيه رد على من حكم باسلام المخالفين في أصحابنا (رضوان الله عليهم) فان الظاهر منهم، بناءاً على حكمهم باسلام المخالفين ثبوت الشفعة لهم .

وأما من يحكم من أصحابنا بكفرهم كما هو المشهور بين المتقدمين فلا، وكلامه عليه السلام هنا مؤيد لذلك ، وفي التقييد في نفي شفعتهم بكون المشتري مسلماً: اشارة الى انه لوكان المشتري منهم فلهم الشفعة ، وهو كذلك بغير خلاف ، وعليه يحمل اطلاق الخبرين المذكورين أيضاً ، بناءاً على ان اطلاق الخبرين

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٧ .

دال على نفي الشفعة أعم من ان يكون المشتري مسلماً أم لا ؟ ولابد من تقييده بكونه مسلماً ، لعدم الخلاف في جواز الشفعة لوكان منهم ، ومراده بالخبرين ما تقدم عن السكوني[1] والفقيه : ليس لليهود ولاللنصارى شفعة .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ ح ١ .

(مسألة -١٣-) قال في الشرائع : فاذا باع الاب أو الجد عن اليتيم شقصه المشترك معه ، جازأن يشفعه .

وقال في القواعد : وللاب وان علا الشفعة على الصغير والمجنون ، وان كان هو المشتري لهما ، أو البائع عنهما على اشكال .

وفي مفتاح الكرامة قال:هو خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة،أما اشكال القواعد فينشأ من ان ايقاع العقد يتضمن الرضا به ، وذلك مسقط للشفعة ، وهو خيرة المختلف وحده لاشريك له - انتهى .

وفي الجواهر:لاأجد فيه خلافاً،ثم استثنى اشكال القواعد ورأى المختلف وما ذكروه هو مقتضى القاعدة ، لاطلاق أدلة الشفعة ، اذ ليس الرضا بالعقد رضى باسقاط الشفعة ، فلا تلازم بين الامرين .

ومنه يعلم، انه لاوقع للاشكال بأن البيع والشراء مع ارادة الشفعة لايقعان صحيحين ، اذ لاغبطة لهما في ذلك ، لوضوح ان المفروض صحة التصرف، وهي مقيدة بالمصلحة، أوبعدم المفسدة، فمتى وجدت صح، كما ذكره مفتاح الكرامة ، فهو خروج عن محل الكلام، كما ان الاشكال في شفعة الاب أوالجد بأن عدم الشفعة للتهمة له بتقليل الثمن .

يرد عليه أولا: بأنه أخص من المدعى بامكان ارتفاع التهمة باحضار العدول ونحوه .

وثانياً : انه مناف لائتمانه الشرعي .

وثالثاً: النقض بأنالاخذ بالشفعة لايزيدعن بيع ماله من نفسه المعلوم جوازه.

ورابعاً: بأن اطلاق دليل الشفعة شامل له، فلايمكن رفع الحكم بالاحتمال، ومثل الاب والجد مالو باع الحاكم شقصه المشترك مع غائب، أوقصير ممن هو وليه ، ثم أخذه شفعة ، وكذا تثبت الشفعة للولد على والده ، لاطلاق الادلة كما في الجواهر .

ولذا قال في جامع المقاصد : فيه احتمالان، وفي الاستحقاق قوة، وكأن الاحتمال الثاني انه نوع تسلط من الولد على والده، وذلك خلاف انه موهوب له، ومناط انه لايمكن أن يقتص للولد من الوالد وغير ذلك، لكن كل هذه الامور لاتقاوم الاطلاق .

ومن ذلك يعلم ثبوتها أيضاً للوكيل في البيع والشراء والوكيل المطلق، بل عن جامع المقاصد في الاول ان ذلك له قولا واحداً ، وأشكل عليه صاحب الجواهر بأن المخالف الشيخ فيما حكى عن مبسوطه، والفاضل في المختلف، وعن محكى التذكرة الاشكال فيه نحو ماسمعته سابقاً ، وقد عرفت ضعفه .

ومماتقدم يظهر وجه النظر في اشكال القواعد ، حيث تقدم انه قال: وللاب وان علا الشفعة على الصغير والمجنون ، وان كان هو المشتري لهما، أوالبائع عنهما على اشكال ، كما انه ظهر وجه قول القواعد : وكذا الوصي على رأي والوكيل، وفي مفتاح الكرامة قد نص على الحكم في الوكيل الخلاف والسرائر والشرائع وغيرها ، ويأتي في مسقطات الشفعة للمصنف وغيره انه غير مسقط ومنع من أخذه في المبسوط والمختلف ، واستشكل في التذكرة ، الى آخر كلامه .

ولو كان الكافر وكيلا عن قبل المسلم، فهل له أخذ الشفعة للمسلم من المسلم؟ احتمالان ، من انه سبيل ، ومن انه يمثل موكله ، فهو كما اذا وكله في ان

يجلب زوجته العاصية المسلمة أونحو ذلك ، ودليل السبيل منصرف عنه، وان قلنا به في أصله ، ولم نستشكل فيه ، كما استشكل فيه الحدائق ، حيث قال : في مسألة اشتراط كون الشفيع مسلماً ان المراد من الاية المذكورة[1] انما هو السبيل من جهة الحجة ، كما ورد به النص[2] في تفسيرها عنهم عليهم السلام ، وان كانوا قد أكثروا من الاستدلال بها في مثل هذا الموضع، اذ فيه ان التفسير المذكور لايدل على الانحصار ، كما في سائر التفسيرات للايات المباركة ، وانما هو من باب المصداق ، فالسبيل منفي مطلقاً ، سواء من جهة الحجة، أو من جهة التسلط ، أومن جهة غيرهما.

أما لوكان الموكل كافراً والوكيل مسلماً ، ولوكان وكيلا عاماً ، فالظاهر انه لايتمكن من الاخذ بالشفعة لموكله على المسلم ، اذ هو بالاخرة سبيل من الكافر على المسلم فتأمل .

ثم انه لو أخذ الوكيل بالشفعة ، فقال الموكل بعد ذلك : انه لم يكن وكيلا عني ، فالظاهر ان له اجازة الاخذ ، لان الاخذ بالشفعة أيضاً من أقسام الفضولي القابل للاجازة، لاطلاق أدلة الفضولي الشاملة لمثل المقام، والظاهر ان في الولي والوكيل ونحوهما يحتاج الامر الى المصلحة العامة، لا المصلحة في خصوص الاخذ بهذه الشفعة ، وانه هو المفهوم من ﴿ بالتي هي أحسن ﴾[3] في الاية المباركة، ومن الارتكاز في التوكيل للموكلين، فان البائعين والمشترين وسائر المعاملين قد يعاملون لاجل وجود المصلحة في نفس هذه المعاملة ، وقد يعاملون لاجل مصلحة عامة، وان كانت المعاملة الخاصة ضرراً، مثل اشتراء

---

(١) سورة النساء : الآية ١٤١ .

(٢) تفسير البرهان : ج ١ ص ٤٢٣ .

(٣) سورة الاسراء : الآية ٣٤ .

شيء من الجائر بأكثر من قيمته لاجل أن لا يتعدى الجائر بما يكون ضرره أكثر، الى غير ذلك من الامثلة .

وكيف كان ، ففي الشرائع : هل ذلك للوصي ؟ قال الشيخ : لا ، لمكان التهمة ، ولو قيل بالجواز كان أشبه كالوكيل .

قال في محكى المبسوط : اذا باع ولي اليتيم حصته المشترك بينه وبينه لم يكن له الاخذ بالشفعة الا أن يكون أباً أو جداً لان الوصي متهم فيؤثر تقليل الثمن . ولانه ليس له ان يشتري لنفسه ، بخلاف الأب والجد ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: وكذا الوصي على رأي أي له الاخذ بالشفعة اذا باع أو اشترى لمن هو مولى عليه، كما هو خيرة التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة .

أقول : وهذا المشهور هو مقتضي القاعدة ، أما قول الشيخ ، فقد عرفت جوابه في مسألة الاب والجد ، فعلي هذا فمقام الابوة والوصاية من باب واحد في جميع الامور حتى في الاخذ بالشفعة ، بل في مفتاح الكرامة عن ظاهر المختلف الاجماع على انه يجوز للوصي ان يشتري لنفسه كالأب والجد ، ثم قال السيد العاملي : وهو كذلك .

ويؤيده ما تقدم من رواية الدعائم[1] عن امير المؤمنين عليه السلام، انه قال :الوالد يقوم بالشفعة لولده الطفل ، والوصي لليتيم، والقاضي لمن لا وصي له اذا كان ذلك من النظر له .

ثم انه اذا كبر اليتيم وقال للوصي أو الجد انه لم تكن الشفعة في مصلحته

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٥ .

أخذاً أو عطاءاً ، كان عليهاقامة البينة ، لان الوصي والولي فعلهما محمول على الصحة .

واذاكان وصيان أو قيمان مثلا: فأخذ أحدهما بالشفعة ولم يأخذ الاخربان اسقطها ، قدم المقدم منهما ، ولو تقارنا بأن أسقط أحدهما ، وأخذ الاخر ،فهو من مسألة تقارن النجاسة والكرية يأتيفيه ما ذكرناه هناك في [كتاب الطهارة].

قال في مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر : ولو رفع امره الى الحاكم فباع فأخذ بالشفعة، فلا بحث فيالصحة، كما في جامعالمقاصد والمسالكلارتفاع التهمة والاستناد الى الرضا بالبيع قد تبين فساده ـ انتهى .

وهذا الكلام جيد لو انحصر مستند الشيخفي ذلك لكن من المحتمل ان الشيخكان يعلل بمثل هذه التعليلاتفي بعض المواضع في قبال العامة ، وانما كان نظره الى رواية وجدها فيالمقام .

وعلى أي حال ، فالاحتمال لايمكن ان يكون مانعاً عن الاخذ باطلاق الادلة وعمومها ، واذا اخذ بالشفعة الولي أو الوصي الاولين ، ثم جاء بعدهما ولي ووصي آخر ، وقال : انه كان ضرراً على المولى عليه ، فان اثبتا بطلت الشفعة ، والابقيت كما كانت ،كما انها ، لو تركا الشفعة كان للاخرين الاخذ بها .

أما لو أسقطاها ، فانما يكون للاخرين الاخذ بها اذا اثبتا عدم صحة اسقاطهما بأن الاسقاط ضرر على المولى عليه ، فانهما موضوعان للمصلحة ، فلا يحق لهما العمل الذي هو فى ضرر المولى عليه كماتقدم .

قال في القواعد : ولو أخذ الولي مع أولوية الترك لم يصح ، والملك باق للمشتري ، وفي مفتاح الكرامة في الاول كما في الشرائع والتذكرة

والتحرير والدروس والمسالك وجامع المقاصد ، وفي الاخير أنه لاريب فيه لان الاخذمقيد بالمصلحة،وقال عند قوله: والملك باق للمشتري كما في التذكرة والتحرير .

أقول : فاذا لم يمكن ارجاعه الى المشتري يمكن الاخذ تقاصاً ، وكان على الاخذ تدارك الضرر، أما لوانقلب الامر من عدم المصلحة الى المصلحة فيصح الاخذ مجدداً .

أما البقاء بالاخذ السابق فلا اذ ما فعله في السابق عقد يحتاج الى المصلحة، والعقد في السابق لم يكن صحيحاً ، فاذا لم يأخذ في اللاحق لم يقع العقد، وقد تقدم مسألة مالو انقلب الصلاح الى الفساد ، أو الفساد الى الصلاح فلا حاجة الى تكرارها ، لكن ذلك فيما لم يناف الاخذ الفورية .

(مسألة -١٤-) قال في الشرائع : ولو ابتاع العامل في القراض شقصاً ، وصاحب المال شفيعه فقد ملكه بالشراء لابالشفعة ، ولااعتراض للعامل اذا لم يكن ظهر ربح وله المطالبة باجرة عمله .

وقال في المسالك اذا اشترى العامل بمال المضاربة شقصاً لصاحب المال فيه الشركة ملك صاحب المال الشقص بالشراء لا بالشفعة ، لانه اشترى بعين ماله فيقع الشراء له ، وان استحق العامل التصرف فيه بالبيع وغيره بمقتضى الاذن السابق ، ولايعقل ان يستحق الانسان ان يملك ملكه بسبب آخر .

هذا اذا لم يكن هناك ربح ، أو كان ، وقلنا : ان العامل انما يملك نصيبه منه بالانضاض لابالظهور ، ولو قلنا انما يملكه بالظهور صار شريكاً في الشقص لصاحب المال، سواء فسخ المضاربة أم لا ؟ وليس لصاحب المال أن يأخذ نصيب العامل من الربح بالشفعة أيضاً ، لان العامل لم يملكه بالشراء الذي هو شرط ثبوت الشفعة وانما ملكه بظهوره ، سواء قارن الشراء أم تأخر وليس ذلك من اسباب استحقاق الشفعة عند الاصحاب ، حيث خصوا مورده بالبيع ، وليس لصاحب المال قطع تسلط العامل على الحصة بالفسخ ورضي رده كما قال بعضهم بل يستقر ملكه عليها ان لم يتجدد ما يبطله كخسارة المال لاصالة بقاء ملكه عليه الا بوجه ناقل شرعاً وهو منتف هنا . الى آخر كلامه .

أقول: الفرع الاول هو مقتضى القاعدة ، لما ذكره من انه لايعقل ان يستحق الانسان ان يملك ملكه بسبب آخر ، ومنه يظهر الاشكال فيما عن الكركي في بعض حواشيه المكتوبة بخطه على جامع المقاصد من انه لايمتنع ان يستحق الملك بالشراء ثم بالشفعة اذ لايمتنع اجتماع العلتين على معلول واحد ، لان علل الشرع معرفات - انتهى .

فان ذلك وان لم يكن ممتنعاً عقلا، لان الملك اعتبار من الممكن تقريره

هكذا تارة ، وهكذا تارة ، وبكلا الوجهين تارة ثالثة ، الا انه ليس بناء العقلاء في الشفعة ذلك، والشارع لم يقرر هكذا اعتبار بأن يملك الانسان بالشفعة والشراء معاً، وحيث ان المال اشترى بملك المالك ، فلاوجه للشفعة ، وهذا هو المراد من عدم المعقولية في كلام المسالك .

ولذا قال في الجواهر: ان ماعن الكركي واضح الفساد، وان كان ستسمع اختيار مثله من المصنف والفاضل وغيرهما في الفروع علـى القول بالكثرة ، وعدم وجود العلة بعد ان كان الشراء له بالوكالة عـن العامل ، والفرض ظهور أدلة الشفعة ، بل صراحتها في بيع الشريك حصته من غير من له الشفعة كمـا هو واضح .

ثم انه اذا لم يكن ربح ، أوكانت خسارة فلاشفعة للمالك أصـلا ، أما اذا كان ربح، فان قلنا : ان العامل لايملك الا بالانضاض، فهو كذلك لاشفعة أيضاً، لان الكل صار للمالك، وانما بعد الانضاض تكون حصة من النقد للعامل أجرة لعمله .

أما اذا قلنا: يملك العامل بمجرد الربح وكان الربح من حين البيع، فمقتضى القاعدة انه لاشفعة أيضاً، لان الانتقال الى العامل لم يكن بالبيع، بل بحق العمل، فهو مثل مالو قال المالك للعامل : اشتر حصة شريكي ، وحق عملك نصـف مااشتريت مثلا ، حيث لاشفعة للمالك على العامل .

ومنه يظهر وجه قول المسالك في الفروع الثلاثة، أي، لم يكن ربح، أو كان وقلنا : بأنه يملكه بالانضاض ، أوقلنا : بأنه يملكه بالظهور .

ومنه يعلم ، ان قول العلامة في القواعد أوفق بالقاعدة ، حيـث قـال : يملك صاحب المال القراض بالشراء لابالشفعة ان لم يكن ربـح أوكان ، لانّ

العامل لايملك بالبيع وله الاجرة ، خلافاً للعبارة المتقدمة من الشرائع ، حيث ظاهرها الفرق بين الربح وعدم الربح، فانه قال: ولااعتراض للعامل اذا لم يكن ظهر ربح ، وله المطالبة بأجرة عمله ـ انتهى .

ثم الظاهر انه ليس للمالك فيما اذا كان ربح أن يفسخ المضاربة كما عن الشافعي .

وقال في مفتاح الكرامة: انه قضية كلام القواعد والتحرير ، قال الشافعي: ان للمالك، أن يأخذ بحكم فسخ المضاربة ، لانّه لما امتنع استحقاقه الشفعة ، فلاأقل من أن يستحق قطع سلطنة العامل عن الشقص ، لانّه ممكن ، فلايلزم من انتفاء الشفعة لامتناعها انتفاء هذا ، كمانقول فيما اذا جنى المرتهن على عبد المولى ، فانه يكون للمولى فكه من الرهن بسبب الجناية ، و حينئذ فيكون على صاحب المال أجرة المثل عن عمله لكونه محترماً، سواء ظهر ربح أم لا؟ ـ انتهى .

اذ أي وجه لقوله : فلاأقل من أن يستحق ، الى آخره ، وترجيه جامع المقاصد له غير ظاهر، فانه قال في محكى كلامه: بأن العامل لايستحق الحصة من الربح بالظهور ، الا ان استحقاق الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاقه من العين، فان الشركة ان لم تكن موجبة لاستحقاق التملك لكونه حقه ، فلتكن رافعة لتملك العامل بعض العين ، ومتى فات حقه من الربح استحق أجرة المثل ـ انتهى .

فان قوله : فلتكن رافعة الى آخره لم يظهر له دليل ، ولذا كان الظاهر من عبارة الشرائع كصريح الشهيد في الدروس، وحواشيه انه ليس لصاحب المال قطع سلطان العامل عن الحصة التي ملكها بظهور الربح بأن يفسخ المضاربة ،

ويرده الى الاجرة، فانه قال في الدروس ليس للمالك أخذ ماشراه العامل بالشفعة ، بل له فسخ المضاربة فيه، فان كان فيه الربح ملك العامل نصيبه والا فله الاجرة ــ انتهى .

ولذا قال في مفتاح الكرامة في رد قول الشافعي: بأن الفسخ لايسقط حق العامل من الربح الذي قد استحقه قبل الفسخ، وانما يؤثر بالنسبة الى المستقبل والجناية الموجبة للقصاص ليست مالا ، ثم قال : وما ذكره الشهيد ثابت في جميع أقسام المضاربة ، فلاخصوصية لكون الشقص مشفوعاً في ثبوت الفسخ، وانما فرضه في الشقص المشفوع لدفع توهم ان له أخذه بالشفعة، وان الاستحالة ممنوعة لمكان ثبوت مثله في الجناية ــ انتهى .

ومن عدم اقتضاء المضاربة الشفعة ظهر وجه قول الجواهر ، حيث قال : لو فرض ان ما اشتراه به من الثمن قد ظهر فيه الربح ، وقلنا بملكه به على وجه به صار شريكاً اتجه حينئذ كون المبيع مشتركاً بينه وبين المالك بالبيع، بل اتجه أخذ المالك فيه بالشفعة ــ انتهى فانه وان لم يستقم في المضاربة الابتدائية.

اذ قد عرفت ان ملك العامل لبعض الشقص ليس من باب الاشتراء ، وانما من باب العمل اما اذا كان الثمن كان بعضه للعامل بحكم مضاربة سابقة ربح فيها فاشترى بهذا المخلوط ملكه وملك المالك الشقص ، فان بعض الشقص يكون له بالاشتراء .

ومراد الجواهر ما اذا كان الثمن مشتركاً بين المالك وبينه لمعاملة سابقة سببت ملكية العامل لبعض الثمن، فان هذا يكون من اشتراء العامل من الشريك ، الا انه خروج عن محل الفرض.

وكيف كان، فقول الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: ولااعتراض للعامل اذا

لم يكن ظهر ربح، ولكن له المطالبة باجرة عمله المحترم، كما في غير ذلك من أعيان المضاربة ـ انتهى.

محل نظر، فانه اذا لم يكن ربح فلاأجرة لعمل العامل ولااحترام له، فانه هوالذي أذهب احترام عمله بقبوله المضاربة ممايعلم ان لاشيء له اذا لم يكن ربح، وان المالك له الفسخ الا اذا فرض انه سبب الربح .

قال في العروة: اذا كان الفسخ، أوالانفساخ ولم يشرع في العمل، ولافي مقدماته فلا اشكال، ولاشيء له ولاعليه ، وان كان بعد تمام العمل والانضاض فكذلك، اذمع حصول الربح يقتسمانه، ومع عدمه لاشيء للعامل، ولاعليه ان حصلت خسارة، الاان يشترط المالك كونها بينهما على الاقوى من صحة هذا الشرط، أويشترط العامل على المالك شيئاً ان لم يحصل ربح، وربما يظهر من اطلاق بعضهم ثبوت اجرة المثل مع عدم الربح، ولاوجه له أصلا، لان بناء المضاربة على عدم الاستحقاق للعامل لشيء سوى الربح على فرض حصوله كما في الجعالة ـ انتهى .

وقد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في الشرح.

أما قول القواعد: ويملك صاحب مال القراض بالشراء لابالشفعة ان لم يكن ربح أوكان، لان العامل لايملكه بالبيع وله الاجرة، فقد استظهر منه ان للمالك الاختصاص بالعين على كل حال، وانه ليس للعامل الا الاجرة .

وان كان قد ظهر الربح، وحكى عن جامع المقاصد النظر فيه عن حواشي الشهيد بأن فتوى المصنف ملك الربح بالظهور، وحينئذ يملك العامل حصة من الشقص، ويكون شريكاً قال: ثم أجاب بمالايدفع السؤال ، ثم أعترف بورود السؤال ، وأشكل على الاشكال على القواعد الجواهر بقوله: قد يدفع

بأن المراد استحقاق الاجرة مع الفسخ، وعدم ظهور الربح كما عساه يشعر به قوله، لان العامل، الى آخره.

أقول: فيه ان كون مراد القواعد ذلك ، خلاف ظاهر عبارته ، وقوله : لان العامل لا يدل على ما استظهره الجواهر، وقد استشهد الجواهر لماذكره من توجيه عبارة القواعد بمافي التحرير قال: ولواشترى المضارب بمال القراض شقصاً في شركه رب المال ، فليس لرب المال فيه شفعة على الاقوى ، لان الملك له ولو كان فيه ربح ، فكذلك سواء قلنا : ان العامل يملك بالظهور ، أو بالانضاض ، لانه شراء مأذون فيه ، وان لم يكن ظهر ربح لم يكن للعامل اعتراض، ولو كان له الاجرة عن عمله، هذا مع ان عبارة التحرير أيضاً يرد عليها ماتقدم .

ثم ان مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر قال: بقي هنا شيء يرد على ظاهر العبارة وماكان نحوها: وهو انه اذا لم يظهر الربح أو ظهر، فان المضاربة تبقى على حالها ان لم يفسخ صاحب المال ، ولااجرة للعامل ، بل له ماشرط له من الربح ، ولايلزم من ملك صاحب المال له الفسخ، لان جميع مال القراض مملوك لصاحب المال، وان لم يكن في شركته فالعبارات محمولة على ما اذا فسخ القراض ، ولعل الترك لمكان شدة الظهور ـ انتهى .

أقول : لاحاجة الى الفسخ ، اذ ربما تنتهي مدة المضاربة ، فالكلام يأتي في المقامين ، لافي صورة الفسخ ، أو الانفساخ فقط .

ولذا قال في العروة : ثم قد يحصل الفسخ من أحدهما،وقد يحصل البطلان

والانفساخ لموت أو جنون أو تلف مال التجارة بتمامها ،أو لعدم امكان التجارة لمانع ، أو نحو ذلك ـ انتهى .

والمسألة طويلة الذيل ، ومرتبطة بباب المضاربة ، وفي كلامهم فيها نوع غموض،كما لايخفى على من راجع شراح الفاضلين وغيرهم.

(مسألة ـ ١٥ ـ)قال في القواعد: ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ بالشفعة الابعد ان يولد حياً.

أقول: ذلك فيما مات أب مثلا، وورثه ولدان، أحدهما في البطن، وأحدهما في الخارج فباع الذي في الخارج حصته ، فانه لايحق لولي من في البطن الاخذ بالشفعة لمن في البطن .

وقال في مفتاح الكرامة: ان الحكم، كمافي التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد لعدم تيقن حياته ولاظنها لعدم الاستناد الى الاستصحاب ، بخلاف الغائب والحمل لايملك بالابتداء الارث والوصية ، وقضية كلامهم انه لايفرق فيه بين من مضى له أربعة أشهر أوخمسة، ومن لم يمض له ذلك فالمراد به مالم يولد حياً، كما اذا كانت بينهما دار فمات أحدهما عن حمل فباع الاخر نصيبه .

ثم قال عند قوله: الا بعد ان يولد حياً يريد انه لو انفصل حياً كان لوليه الاخذبالشفعة ، أو له بعدكماله، كماهوخيرة التذكرة لتناول دلائل الشفعةله .

وفي جامع المقاصد: ان فيه قوة، وتردد في الدروس، واقتصر في التحرير على ذكره احتمالا، فهو متردد أيضاً، الى آخر كلامه، ويمكن الاشكال فيه بانه لادليل على ان الحمل لايملك بالابتداء ، بل مقتضى ارثه ووصيته والنذر له وماأشبه انه يملك وملكه عقلائي، ولم يردع عنه الشارع، فأي مانع من ملكه، والتعليل المتقدم بعدم تيقن حياته ، ولاظنها لعدم الاستناد الى الاستصحاب ، بخلاف الغائب محل نظر لان الكلام في القضية المفروضة الموضوع ، فلا يبعد ان يكون لوليه ذلك، كما لايبعد ان يكون لشريك الحمل الاخذ بالشفعة من الحمل اذا باعه وليه لاطلاق أدلة الشفعة ، ثم ان اشترى العامل للمالك ،

وربح بماسبب انه يكون شريكاً مع المالك، فاذا باع مال المالك فله أنيأخذ لنفسه بالشفعة .

كما انه اذا باع مال نفسه، فله أن يأخذه للمالك بالشفعة وقدتقدم شبههذه المسألة .

نعم انمايحق له الاخذ للمالك بالشفعة اذا كان فيه مصلحة، أوكان وكيلا عاماً في الابتياع له ولو بدون المصلحة، والا لم يصح أخذه بالشفعة له .

نعم، المالك اذا علم بذلك وأخذ بالشفعة واو بدون مصلحته كان له ذلك لان تصرفات الانسان لاتتوقف على الصلاح اذا كانت عقلائية .

أما غيرالعقلائية الموجبة، لعدم صدق الادلة عليها، فبطلان المعاملة منهذه الجهة .

ثم ان القواعد قال: ولوبيع شقص فيشركة مال المضاربة فللعامل الاخذ بها مع عدم الربح ومطلقاً ان اثبتناها مع الكثرة، فان تركها فللمالك الاخذ.

وفي مفتاح الكرامة كمافي التذكرة وجامع المقاصد ، وكذا التحرير ، لكنه لميقيد بعدم الربح، بل قيد بالغبطة ولابد من التقييد بها ، لانه نائب عن المالك فيالتصرف بكل مايشتمل علىالغبطة، فكانالمقتضى موجوداً والمانع منتف حينئذ، لعدم تكثر الشركاء ـ انتهى .

ولايخفى انه لايلزم التقييد بالغبطة اذا كان الاذن من المالك مطلقاً كما تقدم .

أما قوله: فان تركها فللمالك الاخذ ، فقد ذكر في مفتاح الكرامة انه في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد كذلك، وعلله بماتقدم أيضاً من انه لايسقط

حقه بترك العامل، ولو كان ذلك مع المصلحة على الاشبه كأن قد عفا عنها .

أقول: لكن قد تقدم الفرق بين الترك، وبين الاسقاط فانه اذا أسقط و كان وكيلا عاماً، لم يحق للمالك لان الشفعة حق، والحق قابل للاسقاط وفي المقام فروع كثيرة يمكن استفادتها من الجمع بين كتابي الشفعة و كتاب القراض.

فصل

ذكر في الشرائع فروعاً على القول بثبوت الشفعة مع كثرة الشفعاء، ونحن نذكرها في ضمن مسائل :

(مسألة ـ ١ ـ) قال الشرائع: لو كان الشفعاء أربعة فباع أحدهم وعفا آخر فللاخرين أخذ المبيع ، ولو اقتصرا في الاخذ على حقهما لم يكن لهما، لان الشفعة لازالة الضرر وبأخذ البعض يتأكد .

وفي القواعد: ولو عفا أحد الشركاء كان للباقي أخذ الجميع أو الترك ، سواء كان واحداً أو أكثر .

وفي مفتاح الكرامة قال: كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك .

وفي الأخير: انه المشهور، وان كثيراً منهم لم يذكر غيره .

لكن في الجواهر الاشكال على ذلك بقوله :

أولا: ان الضرر هو الذي أدخله على نفسه باقدامه على شراء ذي الشفعاء المتعددين اذا قلنا بتوزيع الشفعة عليهم .

وثانياً: ان الشفعة حق مالي قابل للتقسيط والانقسام ، بل هو المنساق من

قوله عليه السلام الشفعة على عدد الرجال[1]، فان معنى كونها عليهم دون السهام توزيعها عليهم، ولامعنى للتوزيع الا بارادة تبعية شفعة كل واحد نصيبه .

وثالثاً: ان العفو يقتضي استقرار المعفوعنه على ملك المشتري كمالوعفوا جميعاً .

ورابعاً: قد سمعت سابقاً ماحكاه المرتضى (رحمه الله) من انه في روايات أصحابنا اذا سمح بعض بحقوقهم من الشفعة ، فمن لم يسمح بحقه على قدر حقه فالمتجه حينئذ سقوط حق الاولين، وبقاء حق الاخرين، بل ليس لهما أخذ حق الأولين بالشفعة لعدم ثبوته لهما ـ انتهى .

لكن يرد على الاول: انه أخص من المدعى، اذ قد لايعلم المشتري بتعدد الشركاء فلايكون قد أقدم بادخال الضرر على نفسه .

وعلى الثاني: انه لم يعلم ان معنى الشفعة على عدد الرجال ذلك لاحتمال ان يكون المراد انه لايحق لاحدهم الاخذ بالجميع، وانما لكل الاخذ بقدر حقه، مقسماً للمشترى على عددهم، وفي هذه الصورة تكون مجملة ويكون لا ضرر على قوته في تحكيمه على الادلة الاولية .

نعم، ان علم ان المراد بالرواية ذلك كانت الرواية في موضوع لا ضرر ، وقد قرر في بحث لاضرر ان الحكم الضرري الوارد من الشرع بصورة خاصة كالزكاة والجهاد والخمس وما أشبه لايتمكن دليل لا ضرر من تقييده ، وانما يكون العكس .

أمّا جوابه الثالث : فلم يعلم وجهه اذ استقرار المعفو عنه على ملك

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح ٥ .

المشتري لا ينافي التجزئة الموجب لضرر المشتري ، والظاهر انه أخذ هذا الجواب الثالث عن مفتاح الكرامة في نقله كلام أبي علي على ما سيأتي ، وسيأتي مافيه .

نعم، الجواب الرابع:ان تم سنده ودلالته يكون وارداً على دليل لاضرر، لكنه مرسلة لا تقاوم ماذكر سنداً ولا دلالة، أما السند فواضح ، وأما الدلالة ، فلاحتمال ان يراد به مثل ماارید في قوله: الشفعة[1] على عدد الرجال بأن يراد ان الشفعة لاتخص أحدهم بل لكلهم لاان يريد ان لبعضهم الاخذ، ولبعضهم عدم الاخذ حتى يوجب الضرر على المشتري فلأحدهم الاخذ بالشفعة ، لكنه اذا أوجب الضرر على المشتري كان دليل لاضرر محكماً بتخييره بين القبول وعدم القبول ، فيكون حاله حال ما اذا كان الشريك واحداً ، وأخذ ببعض الشقص المبيع، حيث ان المشتري مخير بين القبول والرد، وهذا لايستبعد أن نقول به في الشريك أيضاً، خلافاً لماحكاه الحدائق عن ظاهر الاصحاب .

قال : لايخفى ان مقتضى الادلة الدالة على الشفعة هو استحقاق الشفيع لمجموع الشقص المشترك اذا أخذه بالشفعة ، وان ذلك حقه شرعاً ، وحينئذ فهل له تبعيض حقه بأن يشفع في بعضه، ويترك بعضاً أم لا؟ ظاهر الاصحاب من غير خلاف يعرف هو الثاني ، لمافي التبعيض من الاضرار بالمشتري ، ولا يناسب بناء الاخذ بالشفعة الذي شرع لدفع الاضرار .

والاظهر في تعليل ذلك، انما هو ماقدمناه من ان الاصل بمقتضى الادلة العقلية والنقلية كتاباً وسنة هو عدم الاخذ بالشفعة، فيقتصر في جواز الاخذ بها

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح ٥ .

على ماقام عليه الدليل والاخبار الواردة بالشفعة على كثرتها وتعددها انما وردت باعتبار المجموع، وماعداه تبقى صحته موقوفة على الدليل ـ انتهى .

وبذلك يظهر ان قول المحقق : لو اقتصرا في الاخذ على حقهما لم يكن لهما، لان الشفعة لازالة الضرر فبأخذ البعض يتأكد، محل نظر، اذ مقتضى مايفهم العرف من الادلة ان له ذلك، لكنه متدارك بدليل لاضرر، كما ان البيع الغبني والعيبي وماأشبه كذلك ، فان لاضرر لايقف دون صحة البيع، وانما يقف دون لزومه وان كانت المسألة بعد محتاجة للتتبع والتأمل .

بل يمكن ان يقال : انه أولى بالصحة فيما اذا كان للشريكين داران، فباع أحدهما حصته منهما للمشتري فأخذ الشريك حصة الشريك في أحدى الدارين فانه يصح شفعة وان كان نصف الدار بعض المبيع وحيث لاضرر هنا على المشتري فليس له الاخذ بدليل لاضرر، اللهم الا ان يكون ضرر بالنسبة الى المشتري في الاخذ بنصف أحدى الدارين ، ثم ان في المسألة حسب ذكر مفتاح الكرامة وغيره ثلاثة أقوال أخر غير قول المشهور .

الاول: ماعن أبي علي من ان للباقي واحداً كان أوأكثر الاقتصار على أخذ حقه ، لان العفو من الشريك يقتضي استقرار الشقص المعفو عنه على ملك المشتري ،كما لوعفوا جميعاً ، وليس للمشتري ان يلزم الاخر أخذ الجميع، بل ليس له أي الاخر ألا ان يأخذ قسطه ، فقد اختاره في التذكرة عند الكلام على ان الشفعة موروثة ، وعن ابن شريح انه يسقط حق الجميع، واحتمل جماعة انه لايصح عفوه ، لان الشفعة لاتتبعض فيغلب جانب الثبوت ، ورماه في الدروس بالعبد ـ انتهى .

وفي الكل مالايخفى ، لان العفو من الشريك يقتضي استقرار الشقص .

كما استدل به القول الاول : لايقف أمام دليل المشهور ، وهو لاضرر ، اذ استقرار الشقص المعفو عنه على ملك المشتري لايسبب عدم ضرره بتبعض الصفقة له ، كما ان سقوط حق الجميع لاوجه له ، فانه خلاف ظاهر على عدد الرجال[1] .

فاذا قال: لكل رجل من الرجال درهم من هذه الدراهم فعفا أحدهم لم يكن وجه لسقوط حق الاخرين ولو شك فالاستصحاب محكم، كما ان عدم صحة عفوه معناه انه ليس مسلطاً على ماله ونفسه ، وهو خلاف دليل السلطنة .

وعلى هذا ، فالاقرب من كل الاقوال المذكورة مااخترناه كما تقدم ، ثم ان المسالك بعد ذكر القول الاول والذي نسبه الى الشهرة بين الاصحاب .

والقول الثاني : بأن العفو يسقط حق العافي ، وليس لصاحبه الان يأخذ بقدر حقه .

والقول الثالث: بأنه لايسقط حق واحد منهما ، لان الشفعة لاتتبعض فيغلب جانب الثبوت .

قال: وهذا البحث يأتي مع اتحاد الشريك اذا مات وترك جماعة ، ويزيد هنا احتمال رابع ببطلان حقهم مع عفو البعض ، بناءاً على انهم يأخذون الشفعة للمورث ، ثم يتلقون منه فيكون عفو بعضهم بمثابة عفو المورث عن بعض حقه .

ولو قلنا : بأنهم يأخذون لانفسم فهم كالشركاء المتعددين، وسيأتي الكلام فيه ، انشاء الله تعالى ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح ٥ .

أقول : مقتضى ماذكرناه في [كتاب الارث] ان لكل واحد منهم ان يأخذ حقه ، أو ان يترك الا انه لو أخذ الجميع أو ترك الجميع فلا بأس .

أما اذا أخذ بعضهم دون بعض ، فللمشتري خيار تبعض الصفقة ، وهل يشترط في الاخذ أن يكون الوارث يرث عين الشيء فاذا كانت أرضاً ، وكان الوارث زوجة ، فحيث لاحق لها في الأرض لاحق لهافي الشفعة ، أولايشترط ، لان عدم الارث من الارض لايلازم عدم الارث من الشفعة ، فما تركه الميت[1] لوارثه يشمل الحق ، احتمالان ، قد ذكرنا تفصيل الكلام في ذلك في [كتاب الارث] .

ثم ان الشرائع قال: ولوكان الشفعاء غيباً ، فالشفعة لهم ، فاذا حضر واحد وطالب ، فأما أن يأخذ الجميع ، أويترك ، لانه لاشفيع الان غيره ، ولوحضر آخر أخذ من الاخر نصفاً أوترك ، فان حضر الثالث أخذ الثلث أوترك ،فان حضر الرابع أخذ الربع أو ترك ـ انتهى .

وقال في المسالك : انما لم يكن لمن يحضر الاقتصار على حصته ، لانه ربما لايأخذ الغائبان فتفرق الصفقة على المشتري ، وهو المراد بقوله : لانه لاشفيع الان غيره ، وان كان لايخلو من حزازة ، لان الغائب أيضاً شفيع كما فرضه في أول المسألة ، وماذكره من التعليل يتم بالنسبة الى الاول ، أما من بعده فاقتصاره على نصيبه لايضر بالمشتري ، لان الشقص قد أخذ منه تاماً على التقديرين ، بخلاف اقتصار الاول على حصته ، فانها تفرق الصفقة على المشتري ، الى آخر كلامه .

---

(١) انظر المسالك : ج ٢ ص ٢٨٠ سطر ٣٥ .

أقول : فيما ذكره الشرائع نظر ، وهوان الغيبة لاتسقط حق الشفعة ، فلا وجه لاخذ الاول الجميع على وجه يكون ملكاً له ، أويترك الجميع ، بل مقتضى كون الشفعة على عدد الرجال ان له أن يأخذ بقدر حصته ، أوان يترك ، منتهى الامر ، انه اذا جاء الاخرون ، وأخذوا بالشفعة لم يكن حق للمشتري ، وان لم يأت الاخرون يأخذون بالشفعة ، فله حق تبعض الصفقة ، وكذلك حال الثاني والثالث والرابع وغيرهم .

ومنه يعلم، وجه النظر في بقية ماذكره،فانه لادليل على أخذ الاول الكل ، كما لادليل على أخذ الثاني الشفعة من الاخذ الاول وهكذا .

هذا بالاضافة الى ماعرفته من المسالك من الاشكال بالنسبة الى الشفيع الثاني ، فان اقتصار الشفيع الثاني على نصيبه لايضر بالمشتري ، لان الشقص قد أخذمنه تاماً على التقديرين ، بخلاف اقتصار الاول على حصته ، فانه تفرق الصفقة على المشتري، اللهم الاان يتمسك له بالملاك ، فكما انه لايحق للشفيع الاول الان يأخذالجميع ، أويدع الجميع حتى لايتبعض الصفقة على المالك كذلك بالنسبة الى الشفيع الثاني بملاحظة الشفيع الاول ، حيث ان تبعيض الصفقة عليه أيضاً خلاف لاضرر .

وبذلك يظهر وجه النظر أيضاً فيما ذكره المسالك من انه يحتمل على هذا تخيير الثاني بين ان يأخذ النصف أوالثلث ، فاذا قدم الثالث ووجدهما قد تساويا في الاخذ أخذ الثالث منهما على السوية . وان وجد الثاني قد اقتصر على الثلث ،تخير بين ان يأخذ من الاول نصف مافي يده وهو تمام حقه ،ولا يتعرض للثاني ، وبين ان يأخذ من الثاني ثلث مافي يده ، لانه يقول مامن جزء الاولى منه ثلثه ، فان ترك الثاني حقه ، حيث لم يشارك الاول ، فلا يلزمني ان

أترك حقي ثم له ان يقول للاول:ضم مامعك الى ماأخذته لنقسمه نصفين لانا متساويان في الحق .

وعلى هذا ، فيصح قسمة الشقص من ثمانية عشر ، لانا نحتاج الى عدد له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني ، وستة في يد الاول ، ثم نزع الثالث من يد الثاني واحداً ، ويضمه الى الستة التي في يد الاول يكون سبعة يقتسمانها بينهما ، وهي لاتنقسم الى اثنين فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر للثاني منها أربعة مضروب الاثنين الذين بقيا له في اثنين يبقى أربعة عشر لكل واحد من الاول، والثالث منها سبعة، واذا كان ربع الدار ثمانية عشر كانت جملتها اثنين وسبعين ـ انتهى .

وعن القواعد والدروس وجامع المقاصد الحكم بهذا التخيير وكان المسالك أخذه منهم .

وكيف كان ، فكل ذلك خلاف الظاهر من دليل الشفعة حيث ان ظاهره ان كل واحد حضر منهم ، فله أن يأخذ بمقدار حقه ، أو يترك ، فاذا أخذ الجميع فلااشكال، واذا ترك الجميع فلااشكال، واذا أخذ البعض دون البعض كان للمالك خيار تبعض الصفقة .

ثم قال المسالك : ويحتمل هنا أن لايأخذ الثالث من الثاني شيئاً ، بل يأخذ نصف مافي يد الاول فيقسم المشفوع اثلاثاً ، بناءاً على ان فعل الثاني لا يعد عفواً عن السدس ، بل اقتصاراً على حقه والا اتجه بطلان حقه، لان العفو عن البعض عفو عن الكل على قوله ، وانما أخذ كمال حقه مع انه قد قال بعضهم بسقوط حقه لكونه قد عفا عن بعضه ـ انتهى .

وحيث قد تقدم جواز أن يأخذ الشفيع بعض الحق مع تخير المشتري حينئذ بين الفسخ والامضاء من جهة تبعض الصفقة يأتي ذلك بالنسبة الى كل واحد من هؤلاء أيضاً ذلك .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في القواعد : لوكان لاحد الثلاثة النصف ، وللاخر الثلث ، وللثالث السدس ، فباع أحدهم فانظر مخرج السهام ، فخذ منها سهام الشفعاء ، فاذا علمت العدة قسمت المشفوع عليها ويصير العقار بين الشفعاء على تلك العدة ، فلوكان البائع صاحب النصف فسهام الشفعاء ثلاثة اثنان لصاحب الثلث ، وللاخرسهم ، فالشفعة على ثلاثة ، ويصير العقار كذلك، ولو كان صاحب الثلث ، فالشفعة ارباعاً لصاحب النصف ثلاثة أرباعه ، وللاخر ربعه ، ولوكان صاحب السدس فهي بين الاخرين اخماساً لصاحب النصف ثلاثة ، وللاخر سهمان ، وعلى الأخر يقسم المشفوع نصفين ـ انتهى .

أقول : من الواضح ، ان التقسيم الاول حسب السهام ، وأما على الثاني: فيلاحظ عدد الرجال لاالسهام وهو مذهب الصدوق كماتقدم، أما كيفية التقسيم الاول على حسب السهام فهو رأي أبيعلي .

وقال في مفتاح الكرامة بعد أن ذكر ان هذا الفرع لم يذكر الا في هذا الكتاب والتذكرة: ان الوجه في الجميع ظاهر، لانه في الاول اذا باعصاحب النصف كانتسهام الشفعاء ثلاثة، لانصاحبالثلثله سهمان منستة، ولصاحب السدس سهم ، فاذا أخذ النصف بالشفعة صار العقار بينهما كذلك ، أياثلاثاً.

واذا باع صاحب الثلث كما في الفرض الثاني كانت سهام الشفعاء أربعة النصف وهو ثلاثة من ستة والسدس ، فنكون الشفعة أرباعاً ، ولانصف لكل سهم من سهمي الثلث، فنضرب اثنين في ستة يبلغ اثنى عشر لصاحب النصف ثلاثة أرباع الثلث ، وللاخر الربع فيكون العقار بينهم أرباعاً .

واذا باع صاحب السدس كانت الشفعة بينهما اخماساً لصاحب النصف ثلاثة ، وللاخر سهمان، لان سهامهما خمسة ، ولاخمس للواحد فنضربخمسة

في ستة فيبلغ ثلاثين وسدسها خمسة تقسم بينهما اخماساً ، فيكون العقار بينهم اخماساً ـ انتهى .

أقول : ويمكن استخراج حصة كل واحد على مذهب أبي علي ، ان كل واحد منهم أراد معرفة قدر سهامه من المبيع يجمع بين سهام نفسه والسهام غير المبيعة، وينسب سهام نفسه الى ذلك المجموع، ويأخذ من المبيع بتلك النسبة.

مثلا: اذا باع صاحب الثلث ، قال صاحب النصف: ان ثلاثتي ثلاثة أرباع الاربعة : الاربعة المجموعة من مالي ومال من له السدس ، فلى ثلاثة أرباع المبيع : وهو اثنان ، ويكون ثلاثة أرباعه واحد ونصف ، وهكذا .

ومنه يعرف ، كيفية استخراج الحساب بالاربعة المتناسبة ففي المثال السابق وهو ما اذا كان لاحدهم ثلاثة ، وللاخر اثنان ، وللثالث واحد ، وباع صاحب الاثنين يقال: انه اذا كان لهذا (صاحب الثلاثة) أربعة كان له الاثنان بالشفعة، فاذا كان له ثلاثة فكم له ؟ أو اذا كان له أربعة كان لـه اثنان ، فاذا كان له واحد ، فكم له؟ فيضرب الوسطين ويقسم الحاصل على الطرف المعلوم يخرج الطرف المجهول الى غير ذلك من الامثلة .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع: لو امتنع الحاضر أو عفا، لم تبطل الشفعة وكان للغائب أخذ الجميع، وكذا لو امتنع ثلاثة أو عفوا كانت الشفعة بأجمعها للرابع انشاء ـ انتهى.

ومقتضى القاعدة ماذكرناه من انه ليس لاحد منهم الا بقدر حقه على عدد الرجال، لكن للمشتري خيار الفسخ بسبب تضرره بتبعض الشقص، ولذا أشكل الجواهر عليه بانه على ماقلناه ان للغائب قدر استحقاقه، ففي المثال الثاني، وهو ماإذا امتنع ثلاثة، أو عفوا كان للرابع الربع خاصة، وفي المسالك انه الاشهر.

وكيف كان، فمنه يعلم الحال في انه اذا كان ثلاثة أطفالا لم يأخذوا بالشفعة ويريد الرابع الاخذ بها أو ماأشبه ذلك، فان الجميع بملاك واحد المستفاد من قوله عليه السلام[1]: على عدد الرجال، ونحوه مماتقدم.

---

(١) الوسائل: ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٥.

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع: اذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة وقاسم ثم حضر الاخر فطلب فسخ القسمة وشارك الأول، وكذا لورده الشفيع الاول بعيب ثم حضر الاخر كان له الاخذ، لان الرد كالعفو .

وقال في المسالك : اذا حضر أحد الشركاء فأخذ بالشفعة ، فله مقاسمته وكلاء الغائبين لأن الحق الان مختص به ، فاذا قدم الغائب ، فان عفا استقرت القسمة، وان أخذ فله فسخ القسمة والمشاركة ، لان حقه شائع في المأخوذ في باقي السهام .

أقول: مقتضى القاعدة انه اذا جاء أحد الشفيعين مثلا، وأخذ الجميع على تقدير صحة أخذ الكل وقسم بين المالك وبين الشفيع، ثم جاء الثاني فله ابطال كل القسمة بين المالك والشفيع لان حقه شائع في الجميع ، ولم يكن الاول وكيله في التقسيم .

ومنه يعرف حال : ماإذا كانوا أربعة مثلا، فأخذ أحدهم كل حصة المشتري ثم جاء الثاني ، فله ابطال كل القسمة بين المالك والشفيع ، ثم اذا جاء الثالث فله ابطال كل القسمة ، وهكذا اذا جاء كل واحد واحد منهم ، لا ان للشفيع الثاني التنصيف مثلا مع الشفيع الاول ، ثم للشفيع الثالث أن يبطل القسمة بين الشفيعين فقط ، وانما له ابطال القسمة بين الكل ، ولايبعد أن يكون مراد الشرائع ماذكرناه لاماذكره المسالك، وتبعه الجواهر حيث اقحما في المسألة وكلاء الغائبين .

قال في الجواهر مازجاً مع الشرائع : اذا حضر أحد الشركاء فأخذ الجميع بالشفعة، بناءاً على ماسمعته من المصنف وغيره، فقاسم وكلاء الغائبين

فله ذلك، لان الحق الان مختص به، ثم حضر الاخر الغائب، فان عفا استمرت القسمة وان طالب وأخذ ففي القواعد وغيرها فسخ القسمة ان شاء وشارك الاول، لان حقه شائع في المأخوذ ، وفي باقي السهام ـ انتهى .

وأنت تـرى ، ان قاسم لايظهر منه ان المراد بـه وكلاء الغائبين ، بـل المراد به قاسم مع المالك في قبال انه اذا لم يقاسم وجاء الاخر لم تكن قسمة حتى تفسخ ، وانما كان كالمشاع بين المالك وبين الاثنين، أو الثلاثة أو الاربعة وكذلك لايظهر من عبارة القواعد مـاذكره المسالك والجواهر ، فانه قال في القواعد : ولو حضر الثاني بعد أخـذ الاول فأخذ النصف وقاسم ، ثم حضر الاخـر فقاسم وطالب فسخت القسمة ، وعلق عليـه مفتاح الكرامة ، لان حقه شائع في المأخوذ لكل منهما .

ومنه يعلـم وجه النظر في مناقشة صاحب الجواهر على كلام الشرائع ، حيث قال : ولكن قد يناقش باصالة بقاء القسمة الواقعة بينه وبين الوكلاء ، اذ المستحق هـو حينئذ ، والغائب حقه متجدد فيما أخـذه الاول ، فلاوجه للتسلط على فسخ القسمة، ولذا بناءاً على ماذكرناه اذا أخذ حصته وقاسم مع وكلاء الغائبين لم يكن لاحد منهم الفسخ ـ انتهى .

وفيه: انه لاوجه لاصالة بقاء القسمة بعد كون الحق شائعاً ، وقوله: المستحق هو والغائب حقه متجدد في ما أخذه الاول غير ظاهر ، اذ المستحق انما كان هو وحده، فيما اذا لم يأت الغائب، فقد تبدل الموضوع ولامكان للاستصحاب .

ثم قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : وكذا لورده الشفيع الاول ،أي ما شفع فيه وهو الجميع على مختار المصنف بعيب ثم حضر الاخر كان لـه

الاخذ للجميع، كما صرح به الفاضل والكركي وثاني الشهيدين ، لان الرد المزبور أبطل الاخذ من أصله ، فكان كالعفو الذي قد عرفت ان حكمه ذلك ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة: ان هذا هو خيرة التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك، لكن في القواعد احتمال آخر قال: ولورده الاول بعيب ، فللثاني أخذ الجميع، لان الرد كالعفو، ويحتمل سقوط حقه من المردود، لان الاول لم يعف، بل رد بالعيب فكان كما لورجع الى المشتري ببيع أوهبة .

قال : ان هذا الاحتمال هو مذهب محمد بن الحسن الشيباني فقد قال: انه لايأخذ الاحصته، لان الاول لم يعف، وانما رده بالعيب، ورده به أحدث للمشتري ملكاً جديداً بعد ان خرج عنه فلم يتوفر نصيبه على الاخر، وكان كما لورجع الى المشتري نصيب أحدهما ببيع أوهبة.

وفي جامع المقاصد: انه لاشبهة في ضعفه، لان الاول وان لم يعف الا ان الرد بالعيب اقتضى سقوط حقه من الشفعة، فجرى مجرى العفو ـ انتهى.

وهو كما ذكر لانه بالرد لم ينشأ سبباً جديداً بالملك ، وانما يكون كما لو لم يأخذ من الاصل، فاذا كان على مبنى الشرائع وغيره يحق لكل واحد أخذ الجميع كان للثاني أخذ الجميع، لكن قد عرفت ان مقتضى القاعدة انه ليس لاحد منهم الا أخذ مقدار حصته ، فان رضي المشتري بتبعض الصفقة، فهو والا كان له الفسخ، فلافرق في ان يرد الشفيع الاول ، أو لايرد في انه ليس للثاني الاقدر حقه .

ولذاقال في الجواهر: هذا على مذهب المصنف، وأما على المختار فليس

للاخر الانصيبه ،كما انه ليس للاول الاذلك ، فاذا فرض رد نصيبه كان كالعفو بالنسبة اليه، ولاحق للاخرفيه .

ثم الظاهران الحكم ليس خاصاً بالرد بالعيب ، بل وبغيـر العيب أيـضاً كالغبن ونحوه، لوحدة الملاك في الجميع .

(مسألة ـ ٥ ـ)قال في الشرائع: لواستغلها الاول،ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة ، ومثله في القواعد ، وفي مفتاح الكرامة كما جزم بـه التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك.

أقول: وذلك لوضوح ان الغلة تكون للمالك ولم يكن المالك الا الاول .

وفي الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامة : نعم لوكان الاول وكيلا عن الثانـي وأخذلهما بالوكالة ، كان شريكاً له ، بل لوقبل ذلك فضولا وأجاز ، بناءاً على جريان الفضولي في الشفعة، كان كذلك أيضاً كما هوواضح، وهو كماذكراه.

ثم انه لافرق في الغلة بين المنفصلة كالثمرة والمتصلة كنمو الشجر ، فاذا كانت الغلة متصلة، فاللازم ان يشترك الثاني مع الاول بالنسبة الجديدة لابالنسبة القديمة، فاذا اشتراه الثاني وقيمته خمسة، ثم زادت على الضعف فصارت عشرة يكون الشفيع الثاني شريكاً مع الشفيع الاول في الربع ، لافي النصف ، اذ النصف أصبح خمسة، بينما حقه في نصف الخمسة، لافي نصف العشرة، واحتمال انه يشاركه في نصف الشجر كاملا وهو يساوي عشرة، وانما على الثانى ان يدفع التفاوت الى الاول أي الاثنين والنصف في المثال لايظهر له وجه .

أما اذا سبب الشفيع الاول النقص ،كما لم يسق البستان فسبب هـزال الاشجار مما صارت القيمة من عشرة خمسة، فليس للشفيع الثاني أخذ الجميع باعتبار انه نصف الاصل قيمة، وانما له أخذ نصف ما أخذه الشفيع الاول بقدر قيمة النصف الحالي لابقدر قيمة النصف السابق .

ومما تقدم يعلم حال مالو غرس الشفيع الاول في البستان اشجاراً أ وقلع منه اشجاراً.

(مسألة ـ ٦ ـ)قال في الشرائع : لوقال الحاضر : لاآخـذ حتى يحضـر الغائب لم تبطل شفعته، لان التأخير لغرض لايتضمن الترك، وفيه تردد .

وفي القواعد: لوقال الحاضر: لاآخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته على اشكال.

وقال في مفتاح الكرامة:ان عدم بطلان الشفعةهوالذي قواه في المبسوط والمسالك وقربه في التذكرة، وفي الدروس ان فيه قوة، ثم بين وجه الاشكال بانه متمكن من الاخذ فكان مقصراً ونشك في كون مثل ذلك عذراً ، فان ضرره لايدفـع بضـرر المشتري ، والشفعة مبنية على الفور ، فينبغي ان يقتصر فيها على موضع اليقين ، فلاشفعة له وهو أشبه باصول المذهب فـي البعد وغيره ، وكأنه قال به أومال اليه في جامع المقاصد ولاترجيح في الشرائع والتحرير والايضاح ـ انتهى .

لكن الاقرب هوالاول ، لان استفادة الفورية بهذا القدر من دليل الشفعة، فيما لم يكن ضرر على المشتري غير ظاهر،كما سيأتي الكلام في قولهم بـأن الاخذ فوري .

ومنه يعلم، وجه النظر في قول الجواهر من‌انه قرب الاشكال لماتسمعه‌من الاجماع المحكى على الفورية التي ينافيها ذلك لتمكنه من الاخذ، ولاأقل‌من الشك في كون ذلك عذراً ، فان ضرره لايدفع بضرر المشتـري على انك قد عرفت مخالفة الشفعة للاصل، فينبغي الاقتصار فيها على اليقين ـ انتهى .

وان كان الجواهر أخيراً قوى الاول ، ومنه يعلم بقاء الشفعة أيضاً اذا قال الشفيع الاول: لاآخذ حتى أخابر سائر الشفعاء أو ما أشبه ذلك ، أوحتى أرى وكيل الشفعاء الاخرين، أووليهم، أوحتى أرى هل انمالي يكفي للاخذ أم‌لا؟

الى غير ذلك من الامثلة.

أما بالنسبة الى الشفيع الثاني فيما اذا حضر وعلم بأخذ الشفيع الاول ، فهل لهالتأخير حتى يحضر الشفيع الثالث أولا؟ لم أجدلهم فيه كلاماً ،وان كان مقتضى القاعدة ماذكرناه ، هذا كله اذا قلنا بالشفعة مع تعدد الشركاء.

أما مع العدم ، كما اخترناه تبعاً للمشهور ، فلايأتي هذا الفرع كما هو واضح .

ومنه يظهر حكم مالوقال الشفيع الاول: لاآخذ بالشفعة حتى يحضر كل الشركاء وحكم الورثة المتعددين ،كما ان حكمهم أيضاً يظهر في كل المسائل السابقةواللاحقة .

(مسألة ـ ٧ ـ) قال في الشرائع: اوأخذ الحاضر ودفع الثمن ، ثم حضر الغائب فشاركه ودفع اليه النصف مما دفع اليه البائع ، ثم خرج الشقص مستحقاً كان دركه على المشتري دون الشفيع الاول، لانه كالنائب عنه في الاخذ ـ انتهى .

وفي المسالك : اذا خرج الشقص مستحقاً بعد أخذ الشفعاء مترتبين ، فالمشهور ان عهدة الجميع على المشتري لاستحقاقهم الشفعة عليه فأخذ بعضهم قبل بعض لايغير هذا الحكم لبقاء الاستحقاق ، فكان الاخذ أو لا كالنائب عن المتأخر لاستواء الجميع في الاستحقاق ، ويشكل بأن أخذ الثاني ليس مبنياً على أخذ الاول ، بل يفتقر الى أخذ جديد وصيغة خاصة كالاول وملك الاول للجميع لايرتفع من أصله بأخذ من بعده ، بل من حين الاخذ ، ومن ثم كان مجموع النماء المنفصل له، فكونه كالنائب في محل المنع، وخصوصاً في عهدة الثمن، فان المشتري لم يتسلم من غير الاول شيئاً، وانما الاول أخذ من الثاني نصفه ، والثالث دفعه الى الاولين أو الى الاول خاصة على الاحتمال السابق ، فرجوعه على المشتري غير جيد ـ انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة هوماذكره المسالك، اذ كونه كالنائب أول الكلام، فحال المسألة حال ما اذالم يكن ايادي مترتبة، مثلا اذا كان زيد وعمروشريكين فباع عمرو لخالد فأخذ زيد من خالد شفعة وسكن الدارسنة بعنوان المجانية اذلا اجرة في سكنى الانسان لملك نفسه ، فانه اذا ظهر كون نصف الدار لبكر كان للمالك ان يأخذ نصف داره، وايجارها من الشفيع، والشفيع يرجع الى المشتري، والمشتري يرجع الى البائع، فكل يد انما تعرف اليد السابقة لايد من كان سابقاً على اليد السابقة .

وعليه، فالشفيع الثاني يرجع الى الشفيع الاول ، لاالى المشتري ، فان على اليدما أخذت حتى تؤدى[1] ظاهر في اليد المباشرة لاماقبلها ،ولذارده في مفتاح الكرامة بعد ان ذكرانه لاترجيح في المسألة في التذكرة بقوله : وأنت خبير بمنع كونه كالنائب، كما تقدم لهم آنفاً، لان أخذالثاني مفتقر الى أخذ جديد غير أخذالاول، وصيغة خاصة كالاول، ثم انه كيف يرجع على المشتري بالثمن ولم يستلم من غير الاول شيئاً ـ انتهى.

وبذلك يظهر، انه لافرق في رجوع الشفيع الثاني الى الشفيع الاول بين الثمن واجرة الدار وارش ما هدم منها وغير ذلك، فان درك ذلك كله على الشفيع الاول، لاعلى المشتري .

ومنه يعلم، وجه النظر فيما حكى عن التذكرة حيث قال: قال بعض الشافعية: هذا الخلاف في الرجوع بالمغروم من اجرة ونقص قيمة الشقص، وأما الثمن فكل يسترد ماسلمه ممن سلمه اليه بلاخلاف، ثم قال في التذكرة: وهو المعتمد، واستجوده المحقق الثاني ، واستحسنه الشهيد الثاني على ما حكى عنهما ـ انتهى.

فانه لافرق بين الامور من الدرك والثمن والاجرة،ولهذا قال في الجواهر: الانصاف ان التفصيل المزبور لايخلو من نظر أيضاً ضرورة كون المفروض مع ملاحظة ملك كل منهم من الاخر حقيقة يكون كترتب المشترين بعضهم من بعض من غير فرق بين الثمن وغيره، والا كان كالنائب فيهما ـ انتهى.

ومنه يعلم،ان قول الجواهر أخيراً: ولايخفى عليك ان الاول أوفق بالقواعد غير ظاهر الوجه،كما يعلم حال الشفيع الثالث والرابع وغيرهما .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من الغصب ح ٤ .

(مسألة -٨-)قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: لو كانت الدار بين ثلاثة مثلا فباع أحدهم من شريكه، ففي محكى الخلاف في موضع منه ، والدروس استحق الشفعة الثالث دون المشتري ، لانه لايعقل ان يستحق الانسان شيئاً على نفسه، ولظهور أدلة الشفعة في غيره أوصراحتها، فان قوله عليه السلام: فشريكه أحق من غيره بالثمن[1] .صريح في غير المشترى ، اذلا يصدق عليه نفسه انه غيره ، وقيل : والقائل الشيخ في المحكى من مبسوطه وموضع من خلافه، يكون بينهما، وحينئذ فهو،أي الشريك مخير بين أخذ نصف المبيع، أوتركه لاجميعه كما في المسالك وغيرها ـ انتهى .

وفي المسالك بعد قوله: ان القولين للشيخ قال: وجه الاول: واضح ، لان الشفعة للانسان على نفسه غير معقولة لامتناع ان يستحق الانسان تملك ملكه بها.

ووجه الثاني: اشتراكهما في العلة الموجبة للاستحقاق، ولايمنع ان يستحق تملك الشقص بسببين البيع والشفعة، لان علل الشرع وأسبابه معرفات، فلايمنع ان يجتمع اثنان منهما على معلول واحد ، ولان للشفعة أثراً آخر غير استحقاق الملك، وهو منع الشريك الاخر من تملك مقدار مشفوعه بالشفعة، وهذا الاثر لا مانع منه ، ومن ثم قرب المصنف، هذا و كلام العلامة في المختلف تفريعاً على القول بثبوتها مع الكثرة وفيه قوة ، وان كان لايخلو من نظر ، الى آخر كلامه .

قال في مفتاح الكرامة، عند قول العلامة : (وقيل بالشركة) كماهو خيرة الخلاف والمبسوط، وفي الشرائع لعله أقرب، وفي المختلف، انه أوجه، وفي

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .

جامع المقاصد انه أصح ، وفي المسالك فيه قوة ، وهوظاهر من التذكرة واستقر كلام التحرير على التردد ونسبه، أي التردد في الدروس الى الخلاف والموجود فيه أولاالجزم بالاول ، ثم انه بعد سبع مسائل قال : أما الثاني فهو أقوى ـ انتهى .

لكن القول الاول، هومقتضى القاعدة لظهور الادلةفي المغايرة كما عرفت ولان سبب الاستحقاق بالشفعة مترتب على سببيته بالشراء فليسا معلولين لعلة واحدةحتى يقال ان علل الشرع لايمتنع اجتماعها.

ومنه يعلم، وجه النظر في رد الجواهر لهذا الدليل بقوله : ضرورة عدم المنع من ترتب الملك على الشراء، و ترتب الشفعة عليهنحو الانعتاق للقريب المترتب على ملكهالحاصل بالشراء،لان استحقاق الشفعة أمرغير الملك الحاصل من الشراء ـ انتهى.

اذقد عرفت عدم ظهور الأدلة الافي التعدد، فكيف يمكن ان يستند الى بعض العلل الاعتبارية ،والاحتمالات الضعيفة في قبال الادلة،لكن الجواهر انما أراد رد مفتاح الكرامة في قوله المذكور ،لا انه رأيه.

لانه أولا: قال في رد بعض أدلة القائلين بالاشتراك بأن الجميع كما ترى بعد ان عرفت قصور أدلة الشفعة عن ثبوتها في الفرض.

وثم قال ثانياً. ومن الغريب تسالمهم على ماذكرناه، فيما تقدم من انه لايشتري العامل مافيه شفعة للمالك معللين له بأن المالك يملكه بالشراء ، لا بالشفعة، وقولهم هنا ان الاقرب، والاصح والاقوى صحة الشفعةللمشتري نفسه الى ان قال: وكيف كان، فقد ظهرلك ان القول المذكور في غاية السقوط،وان كان لما ذكرناه لالما ذكروه مما هوواضح الاندفاع ـ انتهى.

نعم ، اذا قلنا بالمقالة الثانية لاحق للمشتري ان يقول خذ الكل أو أترك الكل، كماذكره المسالك قال: فان قال المشتري: خذالكل، أوأترك الكل، وقد تركت أناحقي لم يلزمه الاجابة، ولم يصح اسقاط المشتري الشفعة، لان ملكه مستقر على النصف بالشراء فأشبه مااذا كان للشقص شفيعان حاضر وغائب فأخذ الحاضر الجميع، ثم عاد الغائب، فان له ان يأخذ نصفه، وليس للحاضر ان يقول أترك الكل، أوخذالكل، وأنا تركت حقي ، ولا نظر الى تبعض الصفقة عليه ، فانه لزم من دخوله في هذا العقد ـ انتهى.

ثم ان باع أحد الثلاثة نصفه مثلا من شريكيه الذي لكل ربع الدار قبل ذلك ، فاللازم ان يكون لكل حق الشفعة على الاخر ، ان لم نقل بانصراف الادلة عن مثله ، ويظهر الاثر فيما اذا كان الثمن مختلفاً بأن باع نصف ما باع بدينار ونصف ماباع بدينارين ، أوكانت السهام المبيعة مختلفة فباع لاحدهما ثلث مايملك وباع للاخر ثلثيه، من غير فرق بين ان يبيعهما في بيعين، أو في بيع واحد، وماكان في بيعين من غير فرق بين المتقارنين، كما اذا كان البائع ونائبه باعا في حالة واحدة ، أومتعاقبين .

ولوكان الشركاء أربعة مثلا: فباع أحدهم نصيبه من الثلاثة، كان لكل من الثلاثة ان يأخذ الشفعة من أحدالاخرين ،لامن جميعهم، لانه مقتضى كون الشفعة على عدد الرجال، ويحتمل ان يكون الحق له في الاخذ من كل الشركاء ، فانه كما اذا كان شريكان وباع أحدهمانصيبه من شخصين ، حيث ان للشريك الثاني الاخذ منهما معاً لامن أحدهما فقط .

ويحتمل ان لاشفعة لاحدمن الثلاثة على الاخر، لان تقابل الشفعة يوجب

التهاتر، فلاحق لاحدهم في أخذ الشفعة من الاخر لانصراف الادلة عن مثل الشفع المتهاترة ، ثم على الاحتمال الاول لو أخذ الثاني الشفعة من الثالث انتفت شفعة الرابع عن الثالث، لانه لاوموقع لشفعته بعد ان ذهب مال الثالث الى الثاني، ولوأخذ الثاني والثالث الشفعة من الرابع دفعة سقطت الشفعتان وبقي المال للرابع على حاله حسب مقتضى الاستصحاب ، أويقال بالقرعة ، أويقال بانهما أي الثاني والثالث شريكان بالنسبة الى المال بعد أخذهما الشفعة منه .

وحيث ان الشفعة ليست بيعاً لاتكون دورية، فاذا باع الاول قسماً من حقه الى الثاني فأخذ الثالث لشفعة من الثاني لم يكن للاول أن يأخذ بالشفعة من الثالث اذ الانتقال من الثاني الى الثالث كانت شفعة لابالبيع حتى يحق للاول ان يقول لي: الشفعة على الثالث، وفي المقام فروع كثيرة نتركها خوف التطويل .

(مسألة ـ ٩ـ) قال في الشرائع :لو باع اثنان من ثلاثة صفقة فللشفيع أخذ الجميع ، وان يأخذ من اثنين ومن واحد،لان هذه الصفقة بمنزلة عقود متعددة ، ولو كان البائع واحداً من اثنين كان له ان يأخذ منهما أو من أحدهما ، ولو باع اثنان من اثنين كان ذلك بمنزلة عقود أربعة ، فللشفيع ان يأخذ الكل ، وان يعفو وان يأخذ الربع والنصف ، أو ثلاثة الارباع ـ انتهى .

أقول:الاصل فيهذه المسألة انه ليس للشفيع تبعيض الصفقة علىالمشتري بدون رضاه كما تقدم ، فان بعض الصفقة على المشتري ، كان له القبول أو الرد ، نعم يأتي الكلام في انه هل للشفيع ذلك في الوارث بما اذا مات المشتري وورثه وراث متعددون أولا .

الاول : ان له ذلك باعتبار تعددهم فلا ضرر .

والثاني : عدمه لانصراف الادلة الى أخذ الكل ، أو ترك الكل ، ولايبعد الاول ، وقد ذكرنا سابقاً انه للشفيع ان يأخذ البعض حتى من المشتري اذا لم يكن لـه مانع من ذلك ، فان الشفعة عامة ، ودليل لاضرر مخصصها ، فحيث لاضرر لم يكن مانع من ذلك ، والانصراف لوكان سواء في المسألة السابقة، أو في مسألة الوارث ، فانما هو بدوي .

وكيف كان، فـفي المسألـة المفروضة هنا لاتبعيض للشفعة لو اقتصر على الاخذ من واحد أو اثنين أو أكثرفي الشركاء المتعددين،لانها شفعات متعددة ، وكون البيع بصيغة واحدة ، لايضر بعد ان كانت بيوع في صيغة بيع ،كما لو كان أنكحه في صيغة نكاح ، بل وحتى اذا كانت الصيغة والبيع واحدين ، لكن كان في بعضها شفعة دون بعض ،كما اذا باع الشفيع صفقة واحدة ما فيه الشفعة وغيره من المشتري ، حيث انه للشفيع الاخذ بالشفعة ، ولايقال : بأن تبعض

الصفقة على المشتري يوجب ان يأخذ الشفيع الكل،أو يترك الكل ، اذ للشفيع ان يأخذ ما فيه الشركة دون ما ليس كذلك .

وعلى هذا ، فاذا باع الشريك نصف داره صفقتين في بيع واحد لشخص واحد،كان للشفيع ان يأخذ احدى الصفقتين،ويدع الاخرى لفرض انهما بيعان.

نعم ، اذا كان بيع واحد ، وأخذ الشفيع بعضه ،كان للمشتري خيار الفسخ بتبعض الصفقة عليه ، فالمناط فيما للشفيع الاخذ بالبعض بدون حق للمشتري في الابطال ، بلا ضرر انه أما ان يكون البيع متعدداً ، وأما ان يكون بيع ما فيه شفعة ، وما ليس فيه شفعة مع وحدة البيع ، أما في غيرهاتين الصورتين ، فللشفيع الاخذ بالبعض ، وان كان للمشتري خيار تبعض الصفقة .

وكيف كان ، فقد كان الاولى بالشرائع أن يذكر الاقسام الثلاثة من وحدة البائع أو المشتري وتعدد الاخر ، أوتعددهما، واذا اضيف الى الاقسام الثلاثة وحدتهما حصلت أقسام أربعة.

أما ذكر بيع الاثنين من ثلاثة والاثنين من اثنين فهو كالتكرار ، وفي قباله لم يذكر بيع الاثنين من واحد بينما هو من الاقسام أيضاً .

ولذا قال الجواهر : المراد هنا بيان انه لاتبعيض في الشفعة مع تعددها بتعدد البائع والمشتري، بل قد يقال بتعددها أيضاً بتعدد الثمنين، وان كان البائع والمشتري والمبيع واحداً في الظاهر ، وأولى من ذلك بالتعدد بيع الشقصين من دارين ، وان كان البائع والمشتري واحداً ـ انتهى .

وقد ظهر بذلك حال ما اذا اختلف الثمنان قدراً أواتحدا، مثلا : باع نصف مايملك بدينار ونصفه الاخر بدينارين، أوباع كل نصف بدينار، كما انه لافرق بين تساو المبيعين كالنصف والنصف، أواختلافهما كالثلث والثلثين كماتقدم.

وفي القواعد قال: لوباع شقصاًمن ثلاثة دفعة فلشريكه أن يأخذ من الثلاثة، ومن اثنين ، ومن واحد لانه بمنزلة عقود متعددة .

وفي مفتاح الكرامة : كما صرح بذلك في المبسوط وغيره ، لان الصفقة تتعدد بتعدد المشتري ، ومتى تعددت العقود كان بالخيار .

أقول : لايخفى ان هذه العلة أيضاً موجودة في تعدد البائع ، وتعدد البيع حتى مع وحدة البائع والمشتري والمبيع كما تقدم في كلام الجواهر .

ثم ان الشرائع قال : وليس لبعضهم مع الشفيع شفعة ، لأن انتقال الملك اليهم دفعة فيتساوى الاخذ والمأخوذ منه ، ولوباع الشريك حصته من ثلاثة في عقود متعاقبة ، فله أن يأخذ الكل، وان يعفو ، وأن يأخذ من البعض ، فانأخذ من الاول لم يشاركه الثاني والثالث .

وكذا لوأخذمنالاول والثاني لم يشاركه الثالث، ولوعفا عن الاولوأخذ من الثانيشاركه الاول، وكذا لوأخذ منالثالث شاركه الاول والثانيلاستقرار ملكهما بالعفو ــ انتهى .

أقول : أما الفرع الاول ، فقد ذكره المبسوط في محكي كلامه ، وتبعه غيره ، فقد قال فيه: فان أخذ من واحد وعفا عن الاخرين كان له ذلك، فانقال الاخران: قد عفوت عنا فصرنا لك شريكين فعليك أن تشاركنا في شفعةالثالث لم يلزمهذلك، لانالملك انتقلاليهم دفعةفلم يسبق ملك أحدهم صاحبه ـ انتهى.

أما في صورة التعاقب ، فوجه ماذكره انّه يستحق الاخذ مـن الجميع ، ومن البعض كون الصفقة متعددة ، وكونه شريكاً عند كـل بيع فأدلة الشفعة شاملة للجميع ، سواء أخذ بالجميع ، أوأخذ بالبعض ، فان أخذ مـن الاوّل

خاصة لم يشاركه الثاني والثالث ، لانـّهما لم يكونا شريكين فـي وقت شراء الاول، فلاشفعة لهما، وان أخذ من الاول والثاني لم يشاركه الثالث ، لانه لم يكن شريكاً عند شرائهما، وان أخذ من الثاني وعفا عن الاول شاركه لاستقرار ملكه بالعفو ، وكونه شريكاً عند شراء الثاني ، فيستحق الشفعة ، وان عفا عـن الاول وأخذ من الثالث شاركاه لكونهما شريكين حال شرائه، وقد استقرملكهما قبل الاخذ ، كما صرح بذلك المسالك وغيره .

ثمّ ان القواعد احتمل احتمالا آخر قال : ولو رتب فللشفيع الاخذ من الجميع ، ومن البعض ، فان اخذ من السابق لم يكن للاحق المشاركة ، وان اخذ من اللاحق شاركه السابق، ويحتمل عدم المشاركة ، لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة ، فلايكون سبباً في استحقاقها ـ انتهى .

وقد اطال في مفتاح الكرامة تبعاً للمسالك في شرح قول العلاّمة : هنـا وتضعيفه ، وفيما بعده ، وألمع الجواهر الى هذا الاحتمال الماعاً ، لكن حيث كان الاحتمال المذكور ضعيفاً ، وكذلك الاحتمال الذي ذكره بعد ذلك فيما لوأخذ من الجميع لم يشاركه احد ، حيث قال في القواعد: ويحتمل مشاركة الاول الشفيع في شفعة الثاني ومشاركة الشفيع الاول والثاني في شفعة الثالث، لانه كان ملكاً صحيحاً ، حال شراء الثالث .

ولهذا يستحق لوعفا عنه ، فكذا اذا لم يعف ، لانه استحق الشفعة بالملك لابالعفو ، كما لو باع الشفيع قبل علمه ، فحينئذ للشفيع سدس الاول ، وثلاثة أرباع سدس الثاني، وثلاثة أخماس الثالث، وللاول ربع سدس الثاني، وخمس الثالث ، وللثاني خمس الثالث ، فتصح من مائة وعشرين للشفيع مائة وسبعة ، وللاول تسعة ، وللثاني اربعة ، وعلى الاخر للاول نصف سدس الثاني، وثلث

الثالث ، وللثاني ثلث الثالث، فتصح من ست وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون، وللاول خمسة ، وللثاني اثنان ـ انتهى .

تركنا تفصيل الكلام في ذلك خوف التطويل ، فعلى الطالب أن يرجع الكتابين المذكورين .

ومما تقدم ظهر مالو باع بعض حقه لانسان أولا ، ثم بعض حقه لنفس ذلك الانسان ثانياً ، وأبقى بعض حقه لنفسه ، أولم يبق بعض حقه لنفسه، وانما باع كل حقه لانسان مرتين أوأكثر ، وكذلك اذا باع كل حقه ، أوبعض حقه لنفرين في بيعين سابق ولاحق أوفي بيع واحد ، أوفي بيعين متقارنين .

(مسألة ـ ١٠ ـ) قال في الشرائع: لو باع احد الحاضرين ولهما شريكان غائبان ، فالحاضر هو الشفيع في الحال ، اذ ليس غيره ، فاذا اخذ وقدم احد الغائبين شاركه فيما أخذ الحاضر بالسوية ، ولو قدم الاخر شاركهما فيما أخذا فيكون له ثلث ماحصل لكل واحد منهما ـ انتهى .

وحيث قد تقدم هذه المسألة في المسألة الاولى، لاداعي الى تكرار التفصيل فيها ، وقد عرفت هناك وجه النظر في قوله: ان الحاضر هو الشفيع في الحال، اذ الغيبة لاتنافي حق الشفعة ، سواء حضر أولم يحضر ، ومثل الغائب الصغير فكبر أوالمجنون والمغمى عليه فصحا أوماأشبه .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الشرائع: لو كانت الدار بين أخوين فمات أحدهما وورثه ابنان له فباع أحد الوارثين كانت الشفعة بين العم و ابن الاخ لتساويهما في الاستحقاق ، وكذا لو كان وارث الميت جماعة ـ انتهى .

أقول : بعد وضوح عدم الفرق بين كون وارث الميت اثنين أوجماعة ، وجه المسألة واضح ، فان العم وابن الاخ شريكان ، وان اختلف سبب الملك، لوضوح عدم مدخليته في استحقاق الشفعة .

قال في المسالك : ونبه بذلك على خلاف بعض العامة ، حيث ذهب الى اختصاص ابن الاخ بالشفعة استناداً الى ان ملكه اقرب الى ملك الاخ ، لانهما ملكا بسبب واحد ، ولهذا لوظهر دين على أبيهما يباع فيه ملكهما دون ملك العم، وان كان اقرب ملكاً كان احق بالشفعة كالشريك مع الجار ورد بأن النظر الى ملك المشتري، لاالى سببه، لان الضرر المحوج الى اثبات الشفعة لايختلف ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، ولذا تبعه في ذلك الجواهر وغيره ، ثم لومات الشفيع وله وارثان وأخذ أحدهما بالشفعة دون الاخر كان للمشتري الفسخ لتبعض الصفقة عليه ، فحاله في ذلك حال ما اذا أخذ الشفيع بعض المبيع دون بعضه الاخر.

ثم لايخفى انه اذا ترك أحدهما شفعته لم يكن للوارث الاخر أخذ الجميع اذ الترك حاله حال الاعراض عن الارث ، حيث ان سائر الورثة لايرثون ارث الذي أعرض عن ارثه ، لان الاعراض عن الارث يلحقه بالمباحات ، وكذلك الاعراض عن الحق، فانه يسقطه فلاحق لغيره في ادعائه وارثاً كان أم لا، فهناك فرق بين العين التي أعرض الوارث عنها ، حيث انها لكل أحد أخذها بخلاف الحق ، فانه اذا أعرض عن حقه لايكون لكل أحد أخذه .

نعم لو قلنا : بأن حق الشفعة قابل للنقل كان لاحدهما أن يهب حقه في الشفعة الى الاخر ، بل له الحق في أن يهبه الى أجنبي ، لكن ظاهر الادلة ان حق الشفعة لاينتقل ، ولو شك في قابلية الانتقال وعدمها ، فالاصل عدم قبوله الانتقال ، لان الشفعة كما عرفت خلاف الأصل يقتصر فيه على موضع الدليل.

ولو كان الشركاء ثلاثة فباع أحدهم حصته من أجنبي كان للشريكين الاخذ بالشفعة ،كل على قدر نصفه حسب عدد الرجال كما تقدم في الرواية[١]، وقد تقدم انه اذا أخذ بالشفعة أحدهما بمقدار حقه لم يكن للمشتري حق تبعض الصفقة ، لانه داخل على ذلك .

ومنه يعلم انه لو ورث هذين الشريكين وارث واحد كان له الحق في أخذ كلا الحقين أو أحدهما ، ويكون حاله حال مورثه في انه ليس للمشتري خيار تبعض الصفقة اذا أخذ أحد الحقين دون الاخر .

نعم اذا أخذ الوارث بعض حق أحدهما كان له خيار تبعض الصفقة، لانه لم يدخل على ذلك ، فدليل لاضرر محكم ، والله سبحانه العالم .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ من الشفعة ح ٥ .

فصل:

في كيفية الاخذ بالشفعة

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع : ويستحق الشفيع الأخذ بالعقد وانقضاء الخيار ، لانه وقت اللزوم وقيل بنفس العقد ، وان لم ينقض الخيار ، بناءاً على ان الانتقال يحصل بالعقد وهو أشبه .

أما لوكان الخيار للمشتري خاصة، فانه يستحق بنفس العقد لتحقق الانتقال ـ انتهى .

وقال في القواعد : والاقرب عدم اشتراط اللزوم ، فلو باع بخيار تثبت الشفعة اشترك أو اختص بأحدهما ، ولايسقط خيار البائع حينئذ .

وفي مفتاح الكرامة : ان عدم اشتراط اللزوم ، وانه لافرق بين أن يشترك الخيار أو يختص : هو خيرة السرائر والشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف والكتاب والايضاح واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح ، لكن في الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية ان لاشفعة في البيع الذي فيه الخيار للبائع أو لهما ، لان الملك لم يزل عن البائع قالوا : أما مالا خيار فيه ، أو فيه خيار للمشتري وحده ففيه الشفعة، لأن الملك قد انتقل للمشتري ، وزال عن البائع وهو المحكى عن أبي علي .

وقال في التحرير، أولا : في قول الشيخ قوة من حيث ان في الاخذ اسقاط حق البائع، ثم قال بعد ذلك: أنا في ذلك من المتوقفين، ولا ترجيح في الدروس.

وأما اذا كان الخيار للمشتري ، فقد نص في الخلاف والمبسوط والمهذب والغنية ان الشفعة تجب للشفيع وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار،وهو المحكى عن أبي علي ، وفي المسالك انه لاخلاف فيه ، وفي الكفاية الاجماع عليه ، وفي التذكرة انه مذهبنا ، لكن عن خيار الخلاف انه اذا كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عنه بنفس العقد ، لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضي الخيار ، فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول ـ انتهى ملخصاً .

أقول : مقتضى أدلة الشفعة ان للشفيع الحق في الاخذ بالشفعة بمجرد حصول البيع ، سواء كان الخيار لاحدهما،أولهما أولثالث معهما أومع أحدهما أو بدونهما ، والقول بانه لاينتقل من البائع أو الى المشتري في زمن الخيار ضعيف كما حقق في[كتاب البيع] .

ومنه يعلم وجه النظر في استدلال الارشاد الذي جعل الاخذ بعد انقضاء زمن الخيار بعدم الفائدة قبله،اذ ليس له انتزاع العين قبله،لعدم استقرار ملكه .

اذ فيه : بالاضافة الى اطلاق الادلة ان الفائدة تظهر في النماء وغيره .

أما قول من تقدم من انه لاشفعة في البيع الذي فيه الخيار للبائع ، أولهما، مستدلين بأن الملك لم يزل عن البائع ، أما مالاخيار فيه،أو فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة ، لان الملك قد انتقل الى المشتري وزال عن البائع .

ففيه أولا : ان الملك ينتقل،وان كان الخيار موجوداً كما ذكرناه في [كتاب البيع] وهو المشهور بين الفقهاء أيضاً .

وثانياً : ما ذكره الجواهر من ان مقتضى اطلاق أدلة الشفعة ثبوتها ببيع

الشريك ، وان لم نقل بالانتقال الى المشتري،اذ لعل تهيءذلك له كاف في ثبوتها.

ولذا قال السرائر: فيما حكى عنه : ان المقتضى وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك موجود لمكان عموم النص من دون تبادر اللزوم،والخيار غير صالح للمانعية ، لان التزلزل لم يثبت كونها مؤثراً ـ انتهى .

ومنه يعلم الوجه في الحق في أخذ الشفعة اذا كان الخيار للمشتري كما ذكره المشهور،بل ادعى عليه الاجماع كما تقدم،وقول الشيخ في خيار الخلاف لايتمكن ان يقف امام دليلهم ، فانه لادليل على انه لم ينتقل الى المشتري في زمان خياره ، بالاضافة الى انه على تقدير تماميته ، وانه لم ينتقل الى المشتري يأتي قول الجواهر المتقدم بأن اطلاق الادلة يقتضي كون التهيء كاف في ثبوت الشفعة .

ثم ان مقتضى اطلاق أدلة الخيار ، ان الخيار باق ، وان أخذ الشفيع بالشفعه ، سواء كان الخيار للبائع أو المشتري أو لهما ، أو للاجنبي معهما ، أو مع أحدهما أو بدونهما ، لان الاخذ بالشفعة مبني على البيع ، فاذا زال البيع زالت الشفعة ، فيكون حال المقام حال ما اذا باع المشتري العين في حال خيار البائع ، فان البائع اذا فسخ العقد أخذ العين ، حيث وجدها ، وكذلك في صورة تصرف البائع في الثمن فيما اذا كان المشتري له الخيار ، وهكذا حال خيار الاجنبي .

ثم ان مفتاح الكرامة قال : وتبعه عليه الجواهر بتقطيع،وهل يسقط حينئذ خيار المشتري أم لا ؟

قال في التذكرة : يثبت له خيار الفسخ ، وذلك لايمنع الاخذ بالشفعة .

وقال في المسالك : ظاهرهم سقوط الخيار ، وفي المفاتيح : انه ظاهر

الاكثر ، وفي الحكايتين تأمل ظاهر ان كانا فهما ذلك من كلامهم مع ان الاول حكاه في الروضة عن الشهيد ، احتمالا ، وستسمعه قريباً ، وان كانا فهما ذلك من انه اذا انتقل الملك عنه كيف يبقى له خيار ، ففيه ان البائع والاجنبي يثبت لهما ذلك مع عدم الملك ، ووجهه ، أي سقوط خياره: انه لا فائدة في فسخه ، لان غرضه على تقديره حصول الثمن ، وقد حصل من الشفيع .

وقال في الدروس : ويلزم على قول الفاضل كون أخذ الشفيع على تقدير خيار البائع مراعى ان تكون المطالبة ، يعنى الاخذ على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاة أيضاً ـ انتهى .

ثم قال : وتبعه المسالك ، ويمكن القول بأن الاخذ يبطل خيار المشتري ، كما لو أراد الرد بالعيب فأخذ الشفيع ، لان الغرض الثمن ، وقد حصل من الشفيع الا أن يجاب بأن المشتري يريد دفع الدرك ـ انتهى .

أقول: قد عرفت ان مقتضى القاعدة بقاء الخيار ، اذ لادليل على سقوطه .

ولو شك فالاستصحاب محكم ، والقول بانه من تبدل الموضوع غير ظاهر لان الموضوع عرفي ، وهو لايرى التبدل حتى اذا لم يكن أي نفع في الاخذ بالخيار، اذ الخيار لايقيد بالنفع وعدم النفع كماهو واضح كما فيما اذا لم تكن شفعة، أو لم يؤخذ بها ، بل مقتضى الصناعة ما عرفت من انه اذا أخذ بالخيار استرجع العين ، لا المثل أو القيمة .

ومنه يظهر وجه النظر في قول الجواهر : ولكن لايخفى عليك ما في الجميع ضرورة عدم مدخلية حصول الفائدة وعدمها في ثبوت الحق مع فرض اقتضاء اطلاق الادلة ، والاستصحاب بقائه ، وعدم الرد بالعيب مع فرض أخذ

الشفيع ، ورضاه به انه انتقل الملك عنه ، ولاتساط له على فسخه ، فيتعين له الارش .

ولكن الاصل برائة الذمة منه هنا بعد أخذ الشفيع بالثمن الذي اشتراه فلم يلحقه منه ضرر ، فالتحقيق بقاء ماله من الخيار الذي لايبطل بأخذ الشفعة كخيار الشرط ونحوه مثلا .

فيفسخ حينئذ انشاء ، ويدفع القيمة أوالمثل كما في غير الفرض الاني لم أجد أحداً احتمل هذا هنا ، وكذا ماذكرناه سابقاً ، وان كان هو مقتضى قواعد الخيار - انتهى .

اذ أولا: لاوجه لسقوط الارش بعد كونه حقه ، ولايقاوم الادلة أصل البرائة الذي ذكره ، فهو مثل ماذا باع المشتري المبيع الذي له فيه الأرش لغيره مماسبب ان يكون لمشتري المشتري أيضاً الارش على المشتري ، فان المشتري الثاني ، سواء أخذ الارش ، أولم يأخذ كان للمشتري الاول الارش .

وثانياً: انه قد عرفت ان بعد الفسخ يدفع القيمة أو المثل خلاف مقتضى الصناعة ، اذ مقتضاها استرجاع العين أين وجدها ، أما اذا رد الشفيع العين لعيب أونحوه :

فالظاهر ان لذي الخيار من الثلاثة ، أي البائع أوالمشتري أو الاجنبي الاخذ بخياره ، لان بعد بطلان الشفعة من رأس لاوجه لعدم الخيار ، أولعدم استرجاع العين بعد الأخذ بالخيار، وان كانت المعاملات ، كما اذا باع الشفيع لغيره والمشتري لثالث ثم رجعت العين الى الشفيع بالاقالة أوبالخيار أوماأشبه ، ثم ارجعها الشفيع الى المشتري بخيار أواقالة أو ماأشبه، فان الظاهر ان الشفيع والمشتري ، لهما حق الاقالة والاستقالة ، لاطلاق أدلتها .

قال في القواعد : ولو باع الشريك تثبت للمشتري الأول الشفعة ، وان كان لبائعه خيار الفسخ ، فان فسخ بعد الاخذ فالمشفوع للمشتري ، فان فسخ قبله ، فلاحق للبائع وفي المشتري اشكال ـ انتهى .

وأوضحه في مفتاح الكرامة : وتبعه الجواهر فقال: ظهر مما ذكرناه ثبوت الشفعة للمشتري الاول الذي فرض وجود الخيار لبايعه لو لم يأخذ شفيعه بالشفعة ، بل باع شقصه من آخر ، بالاندراج في اطلاق الادلة ، فان فسخ بائعه بعد الاخذ فمشفوعه له ، وان فسخ قبله فلا شفعة للبائع قطعاً لتجدد ملكه حين الفسخ .

وأما المشتري فقد ذكرنا قوة سقوطها منه أيضاً اقتصاراً في ثبوت الشفعة المخالفة للاصل على المتيقن الذي هو وجود الملك وقت الاخذ كوقت البيع مع انه احتمله غير واحد للاصل ، ولكن الاقوى الاول كما عن الكركي التصريح به ـ انتهى .

مثلا : كان زيد وبكر شريكين فباع بكر حصته من خالد بخيار ثم بعد ذلك باع زيد حصته من عمرو ، حيث ان خالداً صار شريكاً لزيد ووقع بيع زيد لعمرو بعد شركة خالد له فكان لخالد حق الشفعة على عمرو المشتري الثاني ، فاذا فسخ بائعه وهو بكر مال خالد بحيث رجع المال الى بكر فحصة عمرو تبقى لخالد ، حيث ان حصة عمرو انتقلت الى خالد ، فلاوجه لبطلان شفعة خالد بسبب بطلان البيع الذي كان بين بكر وخالد .

أما اذا فسخ بكر قبل أخذ خالد بالشفعة مال عمرو فلا شفعة لخالد على مال عمرو ، لانه انتفى ماليته ، وبذلك انتفى الموضوع وبانتفاء الموضوع فلا شفعة لخالد على مال عمرو ، كما انه لا شفعة لبكر بالنسبة الى مال عمرو ، لان بكراً صار مالكاً بعد بيع زيد لعمرو .

ومن ذلك يعرف ، ماذا كان لزيد أيضاً على عمرو خيار ففسخ قبل أخذ خالد الشفعة من عمرو ، أوفسخ بعد أخذ خالد الشفعة من عمرو .

ثم ان الجواهرقال: هذا ، ولايتوهم من ذكر العقد في المتن وغيره باعتبار كون البيع بصيغته في ثبوت الشفعة ، اذالظاهر ثبوتها بالمعاطاة ، بناءاً على افادتها البيع ، وان كان متزلزلا لاطلاق الادلة ، ويأتي البحث في الفسخ من البائع أوالمشتري بعد الأخذ نحو ماسمعته في الخيار ــ انتهى .

ولاهو كما ذكره ، اذ المعاطاة أيضاً بيع فيشملها الادلة ، وقد ذكرنا في باب المعاطاة ان مقتضى القاعدة انهابيع لازم لابيع جائز ، كما ذكره غالب المتأخرين .

ثم ان من الحكم في الخيار يظهر حكم مااذا حصلت الاقالة لانهما من هذه الجهة التي نحن فيها سواء .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع: وليس للشفيع تبعيض حقه ، بل يأخذ الجميع أويدع .

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولو اتحد الشريك فله أخذ الجميع وأحدهما،يريد انه اذا باع شقصين من دارين ، وكان الشريك واحداً فيهما فله أخذ الجميع وأحدهما ، لان الشركة في كل واحد من الشقصين بسبب مغاير للشركة في الاخر، فلاتكون الشركة فيهما واحدة، ولاأثر لاتحاد الصفقة في ذلك ، فان حقه في أحدهما غيرشائع في حق الاخر من الاخر ، بخلاف الدار الواحدة ، فان سبب الشركة فيها واحد وحقه فيها شائع ، وبما في الكتاب صرح في المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك إلى آخر كلامه .

وعلّله في المسالك بأن حقه هو المجموع من حيث هو مجموع ، ولما في تبعيض الصفقة من الاضرار بالمشتري، ولايناسب بناء الاخذ الذي شرع لدفع الاضرار على الاضرار ، وفي الحدائق انه ظاهر الاصحاب من غير خلاف يعرف .

ثم علل ذلك بعلته في المسالك، ثم قال: والاظهر في تعليل ذلك انماهو ماقدمناه من ان الاصل بمقتضى الادلة العقلية والنقلية كتاباً وسنّة، هو عدم الاخذ بالشفعة فيقتصر في جواز الاخذ بها على ماقام عليه الدليل والاخبار الواردة بالشفعة على كثرتها، وتعددها انما وردت باعتبار المجموع، وماعداه تبقى صحته موقوفة على الدليل ـ انتهى .

وفي الجواهر : للضرر بالتفريق الذي ينافي حكمة مشروعية الشفعة ،

ولانه المنساق من قوله عليه السلام: فشريكه أحق به من غيره بالثمن[(١)] ـ انتهى .

لكن مقتضى الصناعة الصحة ، وانما يتدارك ضرر المشتري بخياره في تبعض الصفقة ، اذ لااجماع في المسألة ، وقد اعترف الجواهر بترك التعرض لهمن جماعة، والضررمتدارك كماعرفت، وكون حقه هوالمجموع من حيث هو مجموع ، وان صح في الجملة ، لكنه خلاف المستفاد عرفاً من أمثال هذه العبارة .

فاذا قال: حقك هذه الدار أو هذا المال، فله أخذ البعض وترك البعض ، فان المجموعية من حيث المجموعية قيد زائد يحتاج الى دليل ، وأي فرق بين بيع شقصين من دارين أو شقص من دار حتى أجازوا الاول كماتقدم في مفتاح الكرامة وغيره، ولم يجيزوا الثاني .

أما كون الشفعة خلاف الاصل كما استدل به الحدائق وتبعه الجواهر فلا ينافي مايظهر من الدليل عند العرف، ولامشابهة للمسألة بحق القصاص، حيث قال في الجواهر: بل لايبعد كونها من قبيل حق القصاص الذي لايقبل التجزئة فلايصح ، وان رضى المشتري ، لان المعيار هو الفهم العرفي ، والفهم في الماليات غير الفهم في مثل حق القصاص ، بل القصاص أيضاً يتبعض في الجملة .

نعم محل الاحتياط في المسألة واضح، خصوصاً بعدمارواه الدعائم[(٢)] عن أبي عبدالله عليه السلام (انه سأل عن البيع يقع على المشاع والمقسوم صفقة واحدة هل لشفيع المشاع ان يأخذ المشاع بقيمته دون المقسوم ؟ قال : لا ، انما له

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ٧ .

الصفقة بكمالهاما كان فيها من مشاع ومقسوم ، فان أرادأخذهما معاً والا يسلمهما معاً).

لكن التعليل بالضرر في بعض الروايات السابقة، ورواية الدعائم[1] أيضاً ، عن الصادق عليه السلام، انه قال: في الارض تكون حبيساً على القوم فيبنى فيها بعضهم ثم يموت فيبيع بعض ورثته حصته، هل لصاحبه شفعة؟ قال: نعم، له الشفعة ، لانه يدخل على مابقى مضرة اذا كان يهدم نصف كل بيت فيدخل في ذلك فساد .

يؤيد ان العلة الضرر ، وانه حيث لا ضرر لابأس، فاذا لم يكن ضرر، كما في الشقصين، أورضى به المشتري كان مقتضاه عدم البأس بذلك، الا ان يقال: انه حكمة كماهو الغالب في تعليل الروايات .

ثم انه سيأتي انه لا فورية في الشفعة على النحو الذي ذكره جماعة، فما قالوه من انه لوقال : أخذت نصف الشقص خاصة بطلت شفعته فى الجميع ، لان العفو عن البعض يبطلها حينئذ، بل عن الفاضل والكركي وثاني الشهيدين بطلانها لوقال : أخذت نصف الشقص ، وان لم يقل خاصة بالتبعيض وفوات الفورية كما عن محمد بن الحسن الشيباني، خلافاً للمحكى عن أبي يوسف من الصحة في الجميع لاستلزام أخذ البعض أخذ الجميع لعدم صحة أخذه وحده الى آخر ماذكروا، غير ظاهر الوجه .

فاذا أخذ البعض وصح أن يأخذ البعض الاخر، وان يدع، لكن لا مع طول الزمان كماسيأتي فى مسألة الفورية ، فان أخذ البعض ورضى به المالك صار ذلك البعض له، لاأن يكون الكل له كما قاله أبويوسف .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ٥ .

قال في محكى الدروس: لوقال: أخذت نصف الشقص خاصة بطلت، لان العفو عن البعض يبطلها، ويحتمل ان يكون ذلك أخذاً للجميع ولواقتصر على قوله: أخذت نصفه فوجهان، وأولى بالبقاء، لان أخذ البعض لاينافي أخذ الكل، الا إن يؤدي الى التراخي - انتهى .

وفيه: مواقع للنظر كما لايخفى، نعم على الفورية المشهورة اذا كان أخذ البعض غيرمناف للفورية، كما لوقال: هو أخذت النصف ، وقال وكيله مقارناً له: أخذت النصف الاخر، أوقال أحد الوليين : اخذت النصف، وقال الاخر اخذت النصف ، وهكذا في الوارثين صح ، لانه لاينافي الفورية ، بل لايبعد الصحة على الفورية اذا قال: اخذت بالنصف والنصف أوماأشبه ، لانه لاينافي الفورية، ولايظهر من الدليل حتى على القول بالفورية ان ذلك مناف لها .

نعم لا اشكال فيما اذا جهل بالقدر، كما اذا زعم ان البائع باع نصف ما يملك فقال: اخذت مااشتريته مريداً لمافي ذهنه من نصف مال المالك، أوزعم ان المالك كان له الثلث مثلا، فباع الثلث ثم علم بعد ذلك بأنه اكثر لمايأتي من ان الجهل لايضر بالتأخير .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع : ويأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، وان كانت قيمة الشقص أكثر أوأقل .

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة : وانما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد، هذا مما اتفق عليه الخاصة والعامة طفحت بذلك عباراتهم وصرحت به رواياتهم .

فقد روي العامة، عن جابر:[1] ان النبي ﷺ قال: هو أحق به بالثمن. وفي خبر الغنوي:[2] هو أحق بها من غيره بالثمن .

أقول : حديث الغنوي هو ماتقدم ، مارواه الكليني والشيخ عن هارون ابن حمزة الغنوي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الشفعة في الدور أشيء واجب للشريك ويعرض على الجار فهو أحق بها من غيره؟ فقال: الشفعة في البيوع اذا كان شريكاً فهو أحق بها بالثمن .

بل سيأتي في مسألة مالو تلف بعض المبيع رواية[3] محمد بن علي بن محبوب عن رجل فيما كتبه الى الفقيه عليه السلام ، مايدل على ذلك أيضاً ، ولذا ادعى في الجواهر انه لا خلاف فيه بين الخاصة والعامة نصاً وفتوى، كماأرسله الحدائق ارسال المسلمات .

وقال: مقتضى الأدلة، وبه صرّح الاصحاب انه يأخذه بالثمن الذي وقع عليه العقد، وان كان قيمة الشقص المشفوع في حد ذاته أكثر أو أقل، ولايلزمه مايغرمه المشتري من الدؤن كأجرة الدّلال والوزان ونحو ذلك ، والمراد من

---

(١) انظر : الجواهر : ج ٣٧ ص ٣٢٦ ، والسنن الكبرى : ج ٦ ص ١٠٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ من الشفعة ح ١ .

أخذه بالثمن يعني مثله لعدم إمكان الاخذ به نفسه غالباً ـ انتهى .

ثم قال الشرائع: ولايلزمه مايغرمه المشتري من دلالة، أو وكالة أوغيرذلك من المؤن ولوزاد المشتري في الثمن بعد العقد وانقضاء الخيار لم تلحق الزيادة بل كانت هبة فلايجب على الشفيع دفعها ، ولوكانت الزيادة في زمن الخيار قال الشيخ : تلحق بالعقد لانها بمنزلة مايفعل في العقد وهو يشكل على القول بانتقال الملك بالعقد، وكذا لوحط البائع من الثمن لم يلحق بالعقد ـ انتهى.

أقول : أما اذا كانت قيمة الشقص أقل أو أكثر فهو مقتضى القاعدة، ولذا لم يختلف فيه أحد ممن رأيت كلامهم، وأما لايلزمه مايغرم المشتري، فقد ذكر في مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة : ولايلزمه الدلالة والوكالة وغيرهما من المؤن كمافي الشرائع والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها لانها ليست من الثمن ، وان كانت من توابعه ، وأشار بقوله : وغيرهما الى اجرة النقاد والوزان وغيرذلك ـ انتهى .

لكن ربما يقال : ان الثمن أعم عرفاً ، ويؤيده انه مقتضى دليل لاضرر ، وهذا غير بعيد ، وان كانت المسألة بحاجة الى تتبع أكثر .

وأما ما ذكره من انه لو زاد المشتري في الثمن بعد العقد أو حط البائع من الثمن ، فهو كما ذكره، ولذا لم نجد فيه خلافاً، وقد استدل الجواهر بالنسبة الى الزيادة بالاصل وظهور النص والفتوى في انه ليس عليه الا الثمن ، كما ان ما ذكره المحقق خلافاً للشيخ هو مقتضى القاعدة أيضاً ، لانه قد حقق في [كتاب البيع] ان العين تنتقل بمجرد العقد أو المعاطاة ، ولامدخلية للخيار وعدمه في الانتقال ، وعدمه .

وفي رواية الدعائم[1]، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : اذا وضع البائع من المشتري بعد عقد الشراء ما يـوضع مثله بين المتبايعين وضع مثل ذلك مـن الشفيع ، وان كان الذي وضع ما لايوضع مثله ، فانما هوهبة للمشتري ، وليس يوضع عن الشفيع ، والفرع الاول في الرواية هو مقتضى القاعدة ، لان الثمن هو ذلك ، لاالثمن الصوري .

ثم انه اذا باع بالاقل، ثم ارتفعت القيمة السوقية، أو بالاكثر ثم انخفضت القيمة السوقية ، فاللازم هو الاخذ بالشفعة بنفس القيمة بدون ملاحظة الزيادة أو النقيصة العارضة بعد ذلك فتأمل .

أما اذا كان التضخم والتنزل باعتبار البلدين كمائة في العراق وخمسين في ايران ، أو المائة في العراق ومائتين فـي ايران ، فاللازم ملاحظة التضخم والتنزل ، لانه القيمة الواقعية للشيء في هذا البلد ، وان كان الحجم في البلد الاول مختلفاً عن الحجم في البلد الثاني ، ولايختلف فـي ذلك تسليم القيمة في البلد الثاني أو تسليم العين والقيمة كما تقدم في البيوت التي تبنى كالسفن على البحر مما تنتقل والبيوت التي تبنى على العجلات مما تنتقل لولم نقل ان دليل الشفعة منصرف عنها .

ومما تقدم ظهر ، انه لو لاحظ البائع المشتري في الاخذ بالاقل ، أو لاحظ المشتري البائع فـي الاخذ بالاكثر كان للشفيع ان يأخذ بنفس تلك القيمة .

أما اذا كانت المبايعة محاباتية ،كما لو اشترى ما قيمته ألف بدينار أو ما قيمته دينار بألف ، فالظاهر انصراف النص والفتوى عن مثل ذلك ، وعليه ،

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ٩ .

فان أراد الشفيع ، فاللازم دفع القيمة العادلة .

ثم انه حيث لايشترط في الكبيرين الشفيع والمشتري ان يكون المصلحة لهذا أو ذاك ، فلهما الحق في الاخذ بالشفعة بثمن أقل أو أكثر .

أما في الصغيرين ، فاللازم ملاحظة الصغير الشفيع في المصلحة كما تقدم وكذلك بالنسبة الى القاصر .

أما بالنسبة الى المشتري فلا ، فاذا اشتراه بالاقل من الثمن كان لولي الشفيع الاخذ ، ولم يكن لولي المشتري الامتناع وان اشتراه بالاكثر فليس لولي الصغير الاخذ ، لانه خلاف مصلحته .

نعم لو تواطىء الولي والمشتري الكبير بأنه اذا أخذه بالاكثر اسقط الزيادة بعد ذلك بما لايضر مصلحة الصغير كان له ذلك .

والحاصل : انه لايراعي في الاخذ بالشفعة مصلحة الصغير المشتري وانما يلزم ملاحظة مصلحة الصغير الشفيع .

قال في الشرائع : ولايلزم المشتري دفع الشقص ما لم يبذل الشفيع الثمن الذي وقع عليه العقد .

وقال في القواعد : ويجب تسليم الثمن أولا : فلا يجب على المشتري الدفع قبله . وفي مفتاح الكرامة كما هو صريح المبسوط واللمعة والروضة وقضية كلام الشرائع والتذكرة والتحرير والأرشاد والدروس، وان تسلمه المشتري قبل أداء الثمن كما هو صريح التذكرة وقضية اطلاق الباقين .

أقول : استدلوا له بجملة امور :

الاول : ما في المسالك بانه انما اعتبر هنا دفع الثمن أولا ، ولم يعتبر ذلك في غيره من المعاوضات كالبيع ، بل اعتبر التسليم معاً ، لان هذه معاوضة

قهرية أخذ العوض فيها بغير رضي المشتري فجبر وهن قهره بتسليم الثمن اليه أولا ، بخلاف البيع ، فان مبناه على الاختيار فلم يكن أحد من المتبايعين أولى بالبدئة من الاخر ـ انتهى .

وفي الجواهر: قلت: يمكن ان يكون مدركه قوله عليه السلام[1]: فهو أحق بها من غيره بالثمن. بناءاً على ان المراد من كونه أحق من غيره مع دفع الثمن .

بل قد يقال: ان منه يستفاد مدخلية دفع الثمن في حصول الملك، أو في استحقاق الأخذ بالشفعة، فلاوجه لوجوب التقابض هنا بعد توقف ملك الشفيع أواستحقاقه الاخذ بالشفعة على دفع الثمن .

واستدل ثالث بالاصل ، فان الاصل عدم حق الشفعة بدون اعطاء الثمن أولا، فاللازم الاقتصار فيه على القدر المتيقن .

وفي الكل ما لايخفى ، اذ الاول وجه اعتباري لايمكن ان يكون مستنداً لحكم شرعي، ولذا قال في المسالك : وهذه فى الحقيقة علة مناسبة، لكنها لا دلالة فى النصوص عليها واثباتها بمجرد ذلك لايخلو من اشكال .

نعم اعتبرها العامة فى كتبهم ، وهي مناسبة على قواعدهم ، وماستدل به الجواهر لادلالة فيه اطلاقاً، اذ الظاهر من قوله[2]: أحق بها من غيره بالثمن، يعنى في مقابل الثمن، لا ان المراد انه يعطي الثمن أولا .

ومنه يعلم وجه النظر في قوله بعد ذلك ، بل قد يقال : ان منه يستفاد مدخلية دفع الثمن فى حصول الملك ، الى آخره، بل لادلالة لما حكى عن الغنية والسرائر على انه انما يملك اذا دفع الثمن، حيث ربما توهم ذلك من

---

(١) الجواهر : ج ٣٧ ص ٣٢٨ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

عبارتهما، حيث قالا : واشترطنا عدم عجزه عن الثمن ، لانه انما يملك الاخذ اذا دفع الى المشتري مابذله للبائع، فاذا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعة ـ انتهى .

لظهور هذه العبارة في انه بدون بذل الثمن بسبب التعذر ، لا حق له في الشفعة، لاان اللازم أن يعطي الثمن حتى يملك .

ومنه يعلم حال الاصل الذي استدل به ثالثاً ، ولذا كان المحكى عن المبسوط التصريح بانه لايشترط مع الاخذ باللفظ دفع الثمن في حصول الملك .

وقال في محكى جامع المقاصد : ان اشتراط دفع الثمن في حصول الملك ، لا دليل عليه والاصل عدمه والشفعة في معنى المعاوضة ، اذ هي من توابع العين ودفع أحد العوضين غيرشرط في تملك الاخر، ولانه لوكان الدفع شرطاً لوجب أن يكون فورياً كالاخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن وامهال الشفيع ثلاثة أيام قد يدل على خلاف ذلك، وليس في النصوص مايدل على الاشتراط المذكور، والذي في رواية ابن مهزيار[1] إن كان معه بالمصر فلينتظر به ثلاثة أيام ان أتاه بالمال والا فليبع وبطلت شفعته في الارض ، وكذا الذي في كلام الاصحاب ليس صريحاً في اشتراط ذلك ـ انتهى .

ولذا فاللازم القول بأنه كسائر المعاملات يشترط التقابض .

قال في المسالك : ولوقيل هنا بأن المعتبر التقابض معاً كالبيع كان وجهاً فهو كالبيع، فان تقابضا فهو، والا فان أخذ بالشفعة ورضي المشتري بالتأخير ،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

فهو وان لم يرض كان له اجباره والتقاص منه ، فان لم يرد ذلك حق لـه الفسخ كمافي البيع، كما انه اذا أعطاه الثمن ولم يدفع اليـه حق له اجباره والتقاص منه، فان لم يرد حق له الفسخ .

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر حيث قال: والذي يقع في الذهن راجياً من الله تعالى أن يكون هو الصواب، هو ان الشفعة من الحقوق كالخيار ونحوه ، لاالمعاوضات المحتاجـة للتقابض، كما عساه يشهد له ماتسمعـه من الاصحاب فيماياًتي من انـه لايكلف المشتري بقبض الشقص من البائع ان لم يكن قد قبضه وتسليمه للشفيع ، بل ويشعر به أيضاً قوله عليه السلام[1] : فهو أحق به من غيره .

وحينئذ فالمتجه حصولـه واسقاطه بالفعل والقول علـى نحو الخيار ، فلا اشكال فى تحقق الاخذ بالشفعة مع التخليـة من المشتري والقبض من الشفيع مع دفع الثمن منه أو الرضا بالصبر عليه. الى آخر كلامه .

فان الذي يظهر من الادلة ان المصحح على الاخذ بالشفعة القول أو الفعل كالمعاطاة فى سائـر المعاملات ، وان اللازم التقابض ، اذ لادليل على تقديم أحدهما على الاخر في الاخذ والعطاء، وان المبطل هو عدم أعطاء المبيع مع عدم رضى الشفيع بالبقاء ، فلـه الفسخ لماأخذه بالشفعة كمافي البيع، أو عدم أعطاء الثمن مع عدم رضى المشتري بالبقاء، كما ان الاسقاط من الشفيع مبطل فان هناك ثلاثة امور: فقديسقط، وقديأخذ، وقديترك ، والترك على عدم الفورية ليس معناه الاخذ أوالاسقاط كماهوواضح .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

كما ان مقتضى الادلـة انه يحق لكل منهما مراجعـة الحاكم بعد الاخذ بالشفعة واجبار الاخر بالتسليم، فاذا لم يمكن ذلك فلكل منهما التقاص، فان أراد الجواهر من كونه من الحقوق كالخيار ماذكرناه فلابأس بـه، والا ففي ماذكره نظر، ومن الواضح ان التقابض انما هو في مرتبة متأخرة عن المعاملة أو الحق كالتقابض فى باب سائر المعاملات، حيث انه متأخر عن المعاملة .

فظاهر الجواهـر حيث قال : ان الشفعـة من الحقوق كالخيار ونحـوه لا المعاوضات المحتاجـة الى التقابض ، حيث جعل الامريـن أحدهما في قبال الاخر باثبات انه حق، ونفي انه كالمعاوضة،غير ظاهر الوجه، فهو مثل ان يقال ان البيع معاملة، لانه تقابض، ولااشعار في قوله عليه السلام (١): فهو أحق به من غيره . لما ذكره اذ الحق يطلـق على الملك وعلى الدرجـة الاخف من الملك كحق التحجير عندهم، وعلى الاخف من ذلك أيضاً، كحق السكنى فى غرفة المدرسة أوالجلوس في مكان من المسجد ، وعلى الاخـف من ذلك أيضاً كحق السلام وتشييع الجنازة وعيادة المريض ومااشبه .

وليس المقام كالخيار، لانه اذا أخذ بالخيار انفسخ العقد فلارجوع وليس هنا اذا أخذ الشفيع بالشفعة انتهى الامر، بل اذا أخذ بالشفعـة ثم لم يسلم المال حق للطرف الاخر انهاء الحق ، لانـه فوري فى الجملة، كمايظهر من روايـة ابن مهزيـار (٢) المتقدمة بانـه اذا لم يأت بالمال ثلاثة أيام باع وبطلت شفعتـه في الارض .

ومماتقدم ظهر استقامة قول المسالك : وأعلـم ان الملك للشفيع يحصل

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

بالاخذ قبل دفع الثمن، كما ان الملك يحصل فى البيع بالعقد، ووجوب التسليم حكم آخر بعد .

نعم ، ماجعله بعد ذلك ليس بذلك البعيد ، حيث قال : وهل الحكم هنا كذلك بمعنى عدم توقف الملك على التقابض أم لا يتم ملك الشفيع هنا بدون تسليم الثمن؟ ليس في عبارة المصنف مايدل على الاول ، وذهب بعضهم الى الثاني ، وليس بذلك البعيد ، ثم على تقديره هل يكون دفع الثمن جزءاً من السبب الملك أم كاشفاً عن حصول الملك بالاخذ القولي وجهان أجودهما الثاني ، وتظهر الفائدة في النماء المتخلل ـ انتهى .

بعيد، اذ مقتضى القواعد ان الملك لايتوقف على التقابض، وانماللمشتري ان يبطل أخذ الشفيع بالشفعة اذا لم يرض بتأخير الثمن ، واذا رضى بالتأخير بقى الملك ، واذا لم يرض بالتأخير أبطلـه أو بطل ، وحينئذ فلا نماء متخلل للشفيع .

ومن ذلك يظهر وجه قول القواعد يملك الشفيع الاخذ بالعقد ، وان كان فى مدة الخيار على رأى، وهو قد يكون فعلا بأن يأخذه الشفيع ويدفع الثمن أويرضى المشتري بالصبر فيملكه حينئذ، ولفظاً كقوله: أخذته أوتملكته وماأشبه ذلك من الالفاظ الدالة على الاخذ مع دفع الثمن أو الرضا بالصبر ـ انتهى .

ثم الظاهر انه ان رضى المشتري رضى مطلقاً كان له عدم دفع الثمن مدة مديدة ، أمّا ان رضى بعدم الدفع مدة محددة فبعد تلك المدة كان للمشتري مراجعة الحاكم والاجبار، أوالرضى الجديد بالصبر أوالفسخ والنماءالمتخلل قد عرفت حاله .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو اشترى شقصاً وعرضاً في صفقة أخذ الشقص خاصة بالشفعة بحصته من الثمن ، بلاخلاف ولا اشكال ، بـل الاجماع بقسميه عليه ، ولايثبت بذلك للمشتري خيار لاقدامه ، ولان استحقاق الشفعة تجدد في ملك المشتري فلم يحصل شرط خيار تبعيض الصفقة الذي هو كون التبعيض في العقد نفسه ، ومـن هنا لافرق بين الجاهل والعالم كما هو مقتضى اطلاق المصنف وغيره ، لكن في مجمع البرهان يمكن ذلك اذا ادعى كونه جاهلا وقبل منه ، فيثبت له الخيار ، واليه أشار المحشى ولايخفى عليك ما فيه ـ انتهى .

وهو كما ذكراه،فانه لافرق بين العالم والجاهل ،كما انه لافرق بين العالم والجاهل في أصل الاشتراء بما فيه شفعة ، فاذا اشترى محاباة بالاقل من قيمته وقد تعب للمحاباة تعباً كبيراً من وسائط ورشاوي ونحوها،فلايحق له ان يقول: اني كنت جاهلا بالشفعة،والا لم أتعب هذا التعب لاجل تقليل الثمن فلي الخيار في فسخ البيع حتى لاأبتلى بالشفعة .

ثم لو كان الانفكاك بين الشقص والعرض يوجب تقليل القيمة لكل منهما ، فهل الشفيع مكلف باعطاء القيمة القليلة أو بتحمل نصف الضرر ، أو بتحمل كل الضرر ؟

مثلا : كانت قيمتهما مجتمعا عشرة أمـا قيمة كل واحـد منهما ثلاثة ، فهل الشفيع يعطي الثلاثة أوخمسة لفرض ان الضرر موزع على كل واحد منهما بقدر اثنين أوالسبعة ، لانه هو الذي سبب ضرر المشتري بقـدر سبعة ؟ احتمالات ، من ان الثمن ثلاثة،ومن ان مقتضى قاعدة العدل توزيع الضرر بينهما،اذ لاوجه لتحمل أحدهما أكثر من الاخر،ومن انه لايبقى في يد المشتري الا بقدر ثلاثة ،

فلاوجه لتضرره ،ودليل لاضرر محكم لايبعد ان يكون للشفيع اعطاء الثلاثة .

لكن اذاكان المشتري جاهلا حق له فسخ معاملته مع البائع بدليل لاضرر، كما استدلوا به في خيارى العيب والغبن ، حيث ان الشيء الذي فيه الشفعة الموجبة لضرر المشتري مع جهله بذلك ، مشمول لدليل لاضرر،أما مع علمه فلا، لانه هوالذي أقدم على الضرر ، وان كانت المسألة بعد بحاجة الى التأمل.

ولوكان الانفكاك بين الشقص والعرض يوجب زيادة العرض قيمة ، فالظاهر ان للمشتري الحق في الأخذ من الشفيع بقدر قيمة الشقص لاأقل منها ، فلو كانامعاً ستة بما كانت قيمة الشقص ثلاثة ، لكنه اذا انفصل العرض عن الشقص صارت قيمته سبعة فكل السبعة للمشتري ، لاطلاق مادل على انه للشفيع بالثمن.

ولوانعكس بأن صارت قيمة الشقص بالانفكاك سبعة فلاحق للمشتري في أخذ الزيادة عن الثلاثة ، لانه مقتضى كونه له بالثمن ، وقد تقدم عدم الاعتبار لزيادة قيمة السوق ، بل ظاهر بعض الروايات انه يأخذه بالثمن ، وإن نقص بسبب حادث ، فكان هذا هو البيع السابق ، ويكون النقص من الشفيع لامن المشتري .

فقد روي محمد بن علي بن محبوب[(١)] (كما عن التهذيب) عن رجل قال : كتبت الى الفقيه عليه السلام، في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم، وكان شريكه الذي له النصف الاخر غائباً فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق جارف فهدمها وذهب بها ، فجاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فأعطاه الشفعة على ان يعطيه ماله كملا الذي نقد في ثمنها . فقال له :

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

ضع عني قيمة البناء فان البناء قد تهدم وذهب به السيل،ما الذي يجب في ذلك؟ فوقع عليه السلام : ليس له الاالشراء والبيع الاول ، انشاء الله .

كما ان مقتضى دليل الشفعة انه لواشترى المشتري مـن المالك نسيئة أو أقساطاً ، فانه ليس للشفيع تأخير الثمن ، بل اللازم عليه الثمن النقد بـاطلاق رواية ابن مهزيار[1] وغيرها فتأمل .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال الشرائع : ويدفع الشفيع مثل الثمن ان كان مثلياً كالذهب والفضة ، وان لم يكن له مثل كالحيوان والثوب والجوهر، قيل تسقط لتعذر المثلية ، ولرواية علي بن رئاب (١) ، عن أبي عبد الله عليه السلام . وقيل : يأخذها بقيمة العرض وقت العقد وهو أشبه ـ انتهى .

وقال في القواعد : وانما يأخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد ، فان كان مثلياً فعلى الشفيع مثله ، وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأى ، سواء كان مثل قيمة المشفوع أم لا ؟ ـ انتهى .

أقول : أما اذا كان مثلياً فعليه مثله ، ففي مفتاح الكرامة ، بلا خلاف كما في الخلاف والمبسوط وغاية المراد والمسالك، والمراد نفيه في الأولين بين المسلمين واجماعاً كما في المختلف والايضاح وغاية المراد أيضاً والمهذب البارع والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان وغيرها وفي الجواهر الاجماع بقسميه عليه ، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر .

أقول : ويدل عليه الاعتبار والاخبار ، فان الشفيع يأخذ الشقص بالثمن كما هو المتعارف في الشفعة عند العقلاء ، والشارع انما قرر الشفعة كذلك ، لانه لم يتصرف فيها ، وقد ذكرنا غير مرة ان الشارع اذا سكت على معاملة كان معنى ذلك انه قد قرر العرفية .

وأما الاخبار، فقد تقدم قوله عليه السلام (٢) بالثمن ، مما ظاهره انه بمثل الثمن ، لكن حيث ان العرفية وظاهر الخبر المستفاد عند العرف منه ليس أكثر من المماثلة

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١١ ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

العرفية ، فلا خصوصية لخصوصيات الثمن اذالم تكن خصوصية عرفية ، مثلا: اشتراهابمائة دينار في دنانير فردية ، فانه يحق للشفيع ان يعطيه دنانير امهات العشرة أو ماأشبه ذلك .

نعم ، اذا كان العرف يفرق بين القسمين لم يكن له التبديل ، كما اذاكان الفرق بين الدنانير الذهبية والدراهم الفضية فيما لو كانتارائجتين .

قال في مفتاح الكرامة : والاصل في ذلك قبل الاخبارالاعتباربأن الشفيع يأخذ الشقص بالثمن ، كما صرحت به أخبار الطرفين وخصوصيات الشخص غير مرادة غالباً قطعاً ، فالمراد المثل لمساواته لما دفعه المشتري في غالب الاوصاف والخواص .

أما اذا كان المبيع قيمياً ، فقداختلفوا في ثبوت الشفعة بالقيمة وسقوطها ؟ الثبوت هوخيرة المقنعة والمبسوط والكافيوالغنية والسرائروالشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمقتصر والتنقيحوالمسالك والروضة والمفاتيح، وفي السرائرانه الاظهرمنالاصحاب، وفي التحرير والمسالك انه مذهب الاكثر .

وفي الرياض انه أشهر ، وعليه عامة من تأخر ، وفي الدروس ان القولين مشهوران ، وبه قال أبوحنيفة والشافعي ومالك ، وسقوط الشفعة خيرة الخلاف والوسيلة والمختلف وجامع المقاصدوتعليق الارشادوالكفايةوهوظاهرالايضاح، وميل اليه في التحريرومجمع البرهان وهو المحكى عن الطبرسي،وقديشعربه كلام النهاية والمهذب وفي الخلاف الاجماع عليه.وفي جامع المقاصدانالرواية نص فيهونحوه مافي التحريروبهقالسوارالقاضي والحسنالبصريولاترجيح في

جامع الشرائع وغاية المرام ولا يظهر من المراسم وفقه الراوندي شيء من القولين، ونفى أبو علي الشفعة الان يأتي الشفيع بعين الثمن .

وقال في الدروس :ان في رواية هارون[١] الغنوي به الماماً ، وفي الايضاح ان الاجماع على خلافه .

أقول : مقتضى القاعدة هو ثبوت الشفعة ، لعموم الادلة والاعتبار ، فان المتعارف في زمن النبي والائمة (صلوات الله عليهم أجمعين) تبديل العروض بالعروض ، وان كانت الاثمان النقدية أيضاً رائجة ، فلا يمكن حمل روايات[٢] الشفعة الكثيرة على ماإذا كانت اثماناً فقط وللعلة أوالحكمة المذكورة في بعض الروايات السابقة من دليل لاضرر ، فانها تشمل كلا القسمين ، وربما أيدأيضاً بفتوى المفيد بهفي المقنعة التي هي متون أخبار،وعمل من لايعمل الابالقطعيات كأبي الصلاح وأبي المكارم وأبي عبد الله .

واما القول بعدم الشفعة ، فقد استدل له بتعذرالمثلية المعتبرة في الشفعة ، وان ظاهر قوله عليه السلام[٣] : بالثمن ، مثل الثمن لاقيمته .

وخبرعلي بن رئاب الذي رواه فيالفقيه ، وفي قرب الاسناد في الصحيح وفيالتهذيب في الموثق ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، في رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبز وجوهر ؟ قال : ليس لاحد فيها شفعة .

بل ومرسل ابن[٤] محبوب المتقدم ، حيث قال عليه السلام : ليس له الا الشراء

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

والبيع الاول انشاء الله تعالى .

مماظاهره ان يكون مثل الثمن .

ويؤيده رواية دعائم الاسلام[١] ، عن أبي عبد الله عليه السلام ، انه قال : من اشترى حصة برقيق أومتاع بز[٢] أوجوهر أو ما أشبه ذلك فليس فيه شفعة .

هذا بالاضافة الى اصالة عدم الشفعة في مورد الشك كما تقدمت غيرمرة والعمدة هي رواية علي[٣] بن رئاب ، ولذا اقتصرعليها المحقق، بل وبعض آخر، اذخبر هارون وغيره من ان الشريك أحق من غيره بالثمن .

ومرسل ابن محبوب[٤] ان يعطيه ماله كملا الذي نقد في ثمنها ، وليس له الاالشراء و لبيع الاول ، لادلالة فيهماللعرفية في معناهما ، خصوصاً وقد عرفت تعارف كون الثمن بضاعة في زمن الروايات ، فهو ليس بمجاز ، وان قال به المسالك : حيث انه قال : بعد تعذر العلم بعدم ارادة الحقيقة ، فالـواجب أقرب المجازات اليهابحسبها ، فان كان مثلياً فالاقرب اليه مثله ، وان كان قيمياً ، فالاقرب اليه قيمته ، وهذا واضح .

أما اختصاصه بالمثلي فلا، اذ لو كان الثمن قيمياً فلابد من اعتبار مجازه ، حيث لاتراد الحقيقة والا لزم اختصاص الحكم بالحقيقة فيرد مثله في المثلى، لان المثل ليس بحقيقة ـ انتهى .

ومنه يعلم بعد ماعن أبيعلي من انه اعتبر في الشفعةعين الثمن التيدفعها

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٩ ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

لنقيده بحقيقة اللفظ، اذ ليس ذلك حقيقة اللفظ، فان الالفاظ لها ظهورات عرفية والظهورات العرفية هي المتبعة وإلا انهدمت اللغات ، ولذا قال في الجواهر : انه يمكن دعوى القطع بخلافه، وان المراد المثل، وكان المحكى عن الايضاح ان الاجماع على خلافه .

ومنه يعلم ، ضعف ماعن الدروس ان في رواية هارون الغنوي الماماً بما ذكره أبوعلي، فأي المام هذا، والعرف لايفهمه اطلاقاً، ورواية[1] الدعائم ضعيفة سنداً ، ولم أر من الفقهاء من استدل بها ، فلايمكن الاعتماد عليها .

أما خبر ابن رئاب،[2] فقد أشكل عليه اولا: ضعف السند ، قال في المسالك: في وجهه ان في طريقه الحسن[3] ابن سماعة وهو واقفي ، و العجب من دعوى العلامة في التحرير صحته مع ذلك ـ انتهى .

وثانياً: بضعف الدلالة، قال في المسالك: في وجهه انه لايدل على موضع النزاع، فان نفى الشفعة أعم من كونه بسبب كون الثمن قيمياً أوغيره ، اذ لم يذكر ان في الدار شريكاً فجاز نفي الشفعة لذلك عن الجار وغيره ، أولكونها غير قابلة للقسمة ، أولغير ذلك وبالجملة ، فان المانع من الشفعة غير مذكور وأسباب المنع كثيرة ، فلاوجه لحمله على المتنازع فيه أصلا ، والعجب مع ذلك من دعوى انها نص في الباب مع انها ليست من الظاهر، فضلا عن النص ـ انتهى .

وقد أشار بذلك الى قول جامع المقاصد، حيث إنه ادعى ان الرواية نص في الباب .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٩ ح ١ وسنن البيهقي : ج ٦ ص ١٠٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١ .

(٣) انظر : رجال النجاشي : ص ٣٢ .

وثالثاً: باضطراب النسخة، ففي مفتاح الكرامة انه رواه مرتين كاشف الرموز في رجل اشترى دراهم برقيق ومتاع ، بل ظاهره انه لايعرف فيها لفظ الدار اصلا قال في شرح قوله في النافع : فلاتسقط الشفعة استناداً الى رواية فيها احتمال، مانصه : انها مقصورة على من اشترى دراهم برقيق ومتاع وبزجوهر، فالتعدي الى غير ذلك من المحتمل، وكذا يحتمل أن تكون الشركة في الدراهم ـ انتهى .[1]

وكلامه كالصريح في انه ليس هناك لفظ دار والا لما احتمل هذين الاحتمالين، لانه لامناص له عنهما، وهو من العلماء المتقدمين الكبار ممن اذا قال يسمع، فلابد أن يكون قد تأمل وتتبع، فقد حصل وهم في الخبر من هذه الجهة ـ انتهى.

ورابعاً : بأنه يستلزم نقض الغرض ، اذ لكل انسان يبيع مافيه الشركة أن يجعل شيئاً ولو قليلا مع الثمن حتى لايتمكن الشفيع من اخذ الشفعة ، وبعيد عن الشارع الحكيم أن يجعل الامر كذلك .

وخامساً: انه لو قيل به لزم الانحصار فيه على مورد النص وهو رجل اشترى داراً برقيق ومتاع وبزوجوهر، اذ لاوجه للتعدي بعد الاطلاقات المتقدمة، ولا بأس بالقول بالاختصاص .

وسادساً : الحمل على التقية .

قال في الجواهر : لايخفى عليك انسياق كون الشفعة في الدار المزبورة لمكان الثمن المذكور والا فلافائدة في تعداده في السؤال، وعدم ذكر الشريك لمعلومية كون الشفعة عند الامامية له لالغيره، واحتمال نفيها لاحتمال عدم القسمة وغيره خلاف مايشعر به تعداد الثمن في السؤال ، بل كان ينبغي التعبير بغير

---

(١) انظر الجواهر : ج ٣٧ ص ٣٣٧ ومفتاح الكرامة : ج ٦ ص ٣٦٦ س ١٤ .

هذه العبارة على ان ترك الاستفصال فيها كاف، بل قد يدعي الصراحة في ذلك بملاحظة ارادة الرد بها على ماهو المعروف من فتوى أبي حنيفة والشافعي ومالك بثبوت الشفعة في نحو ذلك ـ انتهى .

وسابعاً : انه خلاف الحكمة في الروايات المصرح بها بعدم الضرر،[١] فانه أي فرق في تضرر الشفيع بأن يكون الثمن عيناً أونقداً .

وثامناً: بأنه خلاف الشهرة المحققة القدمائية ممالايعارضها شهرة المتأخرين فانه لم يقل بالمنع من المتقدمين الا الخلاف والوسيلة كما يظهر من المجاميع والشيخ له فتويان في الخلاف اختار سقوط الشفعة ، وفي المبسوط اختار وجود الشفعة، وعليه فليس من المتقدمين الا الوسيلة، لكن لايخفى عدم استقامة بعض هذه الاشكالات .

أما الاول : فلان السند لابأس به.[٢]

قال في الجواهر في رد اشكال المسالك على السند : لايخفى عليك ما فيه أولا : انها مروية في الفقيه وغيره في الصحيح .

وثانياً : انها على ماذكر من قسم الموثق الذي فرضنا حجيته في الاصول.

وثالثاً : انها معتضدة ومنجبرة بماسمعت من الاجماع المحكي، والروايات المرسلة والشهرة المحكية في الدروس ـ انتهى .

لكن لايخفى ان وجهه الثالث فيه مافيه .

وأما الثاني : فقد أشكل فيه بالدلالة لظهور الرواية[٣] في ان المسقط للشفعة

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .

(٢) انظر ترجمة الحسن بن محمد سماعة في رجال النجاشي : ص ٣٢ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١ .

كون الثمن المذكور منها ، لكن فيه ماذكره الجواهر ولم يجب عنه بجواب مقنع .

قال : ودعوى معارضة ذلك بأنها ذكر فيها ان المبيع الدار والمتبادرمنها المجموع وهو مما لايتأتي فيه بعد الشراء شركة توجب الشفعة ، ولاتثبت الا من حيث الجوار فنفي الشفعة في الرواية يحتمل أن يكون مستنداً الى هذا ، ولو اريد من الدار بعضها تعين ماستظهر من السياق ، لان اطلاقها على البعض مجاز لايصار اليه الا بالقرينة وهي في الرواية مفقودة يدفعها ظهورها على كل حال في ان المسقط للشفعة كون الثمن المذكور منها ـ انتهى .

وفيه : انه لم يعرف وجه الظهور المذكور على كل حال غاية الامر أن تكون الرواية مجملة وهي كافية في عدم الاعتماد عليها ، ولوكانت صريحة أو ظاهرة لم يقع هذا الاختلاف العظيم بين الفقهاء في دلالتها .

ولذا رد مفتاح الكرامة هذا الاحتمال بقوله : وأما مافي مجمع البرهان ماحاصله من ان الظاهر ان السؤال فيها انماهومن حيث الشراء بذلك الثمن. ولو كان المراد من السؤال معنى آخر ككون الدار لاشريك فيها ، وان المراد نفي الشفعة بالجوار لماكان لذكر القيمة وجه ، ولكان حق السؤال التصريح بذلك بعبارة اخرى تؤدي ذلك .

ففيه : ان الظاهر المتبادر من الدار جميعها ، وان الظاهر من السؤال ما ذكرت ، ونفي الشفعة فيها يحتمل ان يكون مستنداً الى هذا والى هذا، ويحتمل أن يكون تجاوز بالدار اعتماداً على قرينة حالية ، ويحتمل أن يكون أراد بيان حال المشتري في السؤال ، وانه تكلف ودفع في ثمنها مايقدر عليه وماهو تحت يده.

ولذلك خلط في السؤال بين الخاص والعام معرضاً بشكاية حاله ، وان

جاره يريد أن يشفع فيها أخذاً بقول أبي حنيفة والثوري وابن شبرمة وابن أبي ليلى الذين هم قوة الكوفة في عصر علي بن رئاب ، فقال عليه السلام[1] : لاشفعة لاحد عليها غير متق منهم لمخالفة عمر وعثمان وسعيد بن المسيب ويحيى بن سعيد الانصاري وربيعة وغيرهم لهم، ولعل هذا أظهر لان الاصل عدم القرينة الحالية ـ انتهى .

وعن الثالث : ان اضطراب النسخة لايمكن أن يمنع من العمل بالرواية على تقدير دلالتها ، اذ الاقوى مافي النسخ المشهورة .

ومنه يعلم ان احتمال رمي رواية كشف الرموز بالغلط كما في الجواهر محل نظر ، فقد قال في الجواهر معرضاً بمفتاح الكرامة : ومن الغريب مافي بعض الكتب من المناقشة في الخبر المزبور بأن الابي في كشف الرموز رواه رجل اشترى دراهم برقيق ومتاع ، اذ هو وان كان كذلك كما هو عندنا في نسخة قديمة ، لكن منه الغلط الذي لايصلح معارضاً لما في الجوامع العظام وكتب الفروع ، اذ لعل هناك رواية اخرى وجدها ولم نظفر لها .

ويرد على كل من الرابع والسابع : انه على تقدير دلالة الرواية لايتمكنان من مقاومته كما هو واضح .

وعلى الخامس : بانه وان كان محتملا الا انه لاقائل به ، ففهم الفقهاء من الطرفين حجة على خلافه ، نعم هو محتمل في نفسه ، وان كان خلاف مايستفاد من الملاك .

أما التقية ، فلا يظهر وجه لها بعد تضارب أقوال العامة في ذلك كما عرفت، ولذا قال في مفتاح الكرامة : ولاترجيح لاحدهما بموافقة العامة أومخالفتها ،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١ .

لانه قد قال بكل قوم .

وعلى الثامن : ان الشهرة القدمائية وان كانت محققة الا انها معارضة بشهرة المتأخرين وقد قال جمع من المدققين ان شهرة المتأخرين أقوى لانهم ادق وأكثر استيعاباً ، وان كان في هذا الكلام نظر الان مثل هذه الشهرة لاتكفي في الاستناد ، فانها ليست داخلة في قوله عليه السلام: خذ بمااشتهر بين أصحابك ، ودع الشاذ النادر[١] ، لاحسب مورده ولاحسب الملاك ، لانه اذا كانت شهرة الرواية موجبة للاستناد، فشهرة الفتوى موجبة أيضاً .

وعلى كل حال ، فلا يمكن الاعتماد على مثل هذه الشهرة في تضعيف الرواية[٢] . وكيف كان ، فقد علم مما تقدم ثبوت الشفعة في القيمي كالمثلي .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر : الانصاف ان عدم ثبوت الشفعة أقوى ، ولو للشك من تعارض الادلة ، وقد عرفت ان الاصل عدم الشفعة، كوجه النظر فيما حكى عن الخلاف من ان على عدم ثبوت الشفعة اجماع الفرقة وأخبارهم، كما يظهر وجوه النظر في قول الحدائق، فانه بعد ان اختار عدم الشفعة، قال : ويؤيد القول بالبطلان ان الشفعة انما يكون بمثل الثمن ، والثمن هنا ليس من ذوات الامثال . والقائلون بالجواز انما يجيبون القيمة وقت العقد وهي ليست مثل الثمن والمثمن .

ويشير الى ذلك أيضاً رواية الغنوي[٣] المتقدمة ، وقوله فيها فهو أحق بها

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٧٥ الباب ٩ من صفات القاضي ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١١ ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

من غيره بالثمن وهوانما يتحقق بالمثل ، لان الحمل على الثمن الحقيقي متعذر فيصارحينئذ الى أقرب المجازات وهوالمثل والمحقق في النافع بعد ان اختار جوازالشفعة نسب القول بسقوط الشفعة الى رواية فيها احتمال .

وقال بعض الاصحاب في الاحتمال المذكور قصر الرواية على موردها، ولايخفى مافيه من البعد ، سيما مع اعتضاد الرواية المذكورة بما ذكرناه في الاصل ـ انتهى .

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في الشرائع : وتبطل بترك المطالبة مع العلم وعدم العذر، وقيل :لاتبطل الا ان يصرح بالاسقاط ولوتطاولت المدة والاول أظهر، وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة ويجب الطلب على الفور فلو اخر مع امكانه بطلب شفعتهعلى رأى:القول بأن أخذ الشفعة على الفورهوالمشهوركما في التذكرة ، والاشهركما في الروضة ومذهب الاكثركما في المفاتيح ، ومذهب الشيخ واتباعه وأكثرالمتأخرين كما في المسالك ، وعليه الفتوى كما في التنقيح،واجماع الفرقة كما في الخلاف ، وقد حكاه عنه كاشف الرموز والمصنف في المختلف والشهيدان فيغاية المراد والدروس والمسالك وغيرهم ساكتين عليه .

وفي الرياض تارة ان الشهرة به عظيمة ، واخرى انه المشهور وعليه عامة المتأخرين وهوخيرة النهاية والخلاف والمبسوط، وصرح به في عدة مواضع منه والوسيلة والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وشرح الارشاد والفخر وغاية المراد والدروس واللمعة والمقتصرو التنقيح وجامع المقاصدوالمسالك والروضة والمفاتيح ، وهو المحكي عن أبي علي ولد الشيخ والطبرسي .

وعن والد المصنف وسديد الدين ونجيب الدين والقاضي،والمخالفون القائلون بالتراخي ، وانه لاتسقط الا بالاسقاط أبو علي وعلي بن الحسين الصدوق على ماحكى عنهما وعلم الهدى وأبوالمكارم وابن ادريس ، وهوظاهر أبي الصلاح وفي الانتصار الاجماع عليه ، وفي السرائرانه أظهربين الطائفة .

وقد نسب هذا القول فخر الاسلام الى سلار ، ولاتعرض له في المهذب والمقنع والمقنعة والمراسم وفقه الراوندي ولاترجيح في التحرير والمهذب

البارع ومجمع البرهان والكفاية ـ انتهى .

أقول : استدل القائلون بالفور بالنبويين ﷺ[1] أحدهما الشفعة لمن واثبها ، والآخر الشفعة كحل العقال[2]، وبحسن ابن مهزيار[3] السابق المشتمل على بطلان شفعة من طلب ثم مضى لاحضار الثمن فلم يأت الى ثلاثة أيام ، بتقريب انه لو كانت الشفعة على التراخي لم تبطل بذلك، وبقوله ﷺ[4] :بالشفعة بين الشركاء، ولاضرر ولاضرار ، اذ التراخي يوجب الضرر والضرار .

وبقوله عليه السلام[5]:الغائب على شفعته . المشعر بكون ذلك من جهة الغيبة التي هي عذر له ، هذا بالاضافة الى الاجماع المتقدم عن الخلاف، وان ذلك مقتضى الاصل ، لان المتيقن ثبوتها على الفور والى قاعدة لاضرر والى ما أيد ذلك أيضاً بأن مذهب العامة التراخي ، فالفور هو مقتضى كون الرشد في خلافهم .

لكن الظاهر ان شيئاً من ذلك لايوجب الاطمينان بالفور .

اذ يرد على النبويين بالاضافة الى عدم صحة السند ضعف الدلالة ، فان لمن واثبها لايدل على السرعة ، بل يمكن أن يكون المراد أخذها ، فكأن الشفيع يثب ليعلو على المشتري فيأخذ العين منه ، فان قول فلان وثب لايدل على انه أسرع فهما مفهومان والمواثبة التي هي من باب المفاعلة تدل على ان كل واحد من الشفيع والمشتري يريد الاستعلاء على الآخر بأن تكون العين

---

(١) انظر المسالك : ج ٢ ص ٢٨٣ سطر ٩ .
(٢) انظر : سنن ابن ماجة : ج ٢ ص ٨٣٥ ح ٢٥٠٠ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .
(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .
(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ .

له ، كماان كحل العقال لايدل علي السرعة، وانما ظاهره انه حل للعقد، كما ان حل العقال حل للبعير أو لرجله .

والقول بأن الروايتين مذكورتان في كتب الاصحاب ، ومنجبرتان بالشهرة فيه ان ذكرهما في كتب الاصحاب مستندين الى العامة لاينفع ، وقد قال في المسالك : في الاستدلال من الجانبين نظر ، لان الخبرين الاولين عاميان ـ انتهى .

هذا وفي الجواهر ضعف السند حتى عند العامة فيهما . قال في الاسعاد الذي هو من أجل كتب الشافعية: ان أسناده ضعيف. وقال ابن حيان: لاأصل له وقال البيهقي: ليس بثابت ـ انتهى .

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره مفتاح الكرامة تأييداً للخبرين بقوله : ومافي الرياض من ان الشهرة المتأخرة عن حكاية الاجماع لاتجبره ولاتعضده فغير مسلم، لانها كماتوهنه اذاكانت مخالفة له فكذلك تجبره اذا وافقته كماحرر في محله، وقد تحرر فى موضعه ان الخبر العامي اذا نقله أصحابنا، وأستدلوا به انه يصح لنا العمل به ، ولاسيما اذا شهد مثل الشهيد باشتهاره الى آخر ما ذكره، وسيأتي الكلام في اعتضاد الشهرة بالقول بالفور .

وأما خبر ابن مهزيار [1] ، فالظاهر ان دلالته غير واضحة ، لانه أولا : بعد حصول سبب الشفعة .

وثانياً : ينافي الفورية ، اذ القائل بها لايجعل انتظار ثلاثة أيام لاحضار الثمن من جملة العذر فيها، خصوصاً مع دعوى الغيبة في بلد آخر .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

قال في الجواهر: خصوصاً مع مافيه من رائحة الموافقة للمحكى عن أبي حنيفة وابن أبي ليلى، من انها تمتد الى ثلاثة أيام كالشافعي في أحد أقواله — انتهى.

ولذا قال في الحدائق: وأما استدلال العلامة على هذا القول برواية علي ابن مهزيار[1] بالتقريب الذي ذكره فيمكن معارضته بانه لو كان الفورية واجبة لما رخص فى التأخير ثلاثة أيام أيضاً — انتهى.

وأما رواية قضاء رسول الله صلى الله عليه وآله بلا ضرر ولا ضرار،[2] ففيه انه على التراخي أدل، حيث يمكن ان يستدل به على انه ليس للشفيع عدم الأخذ الى حين ضرر المشتري، وحديث[3] الغائب على شفعته لا دلالة فيه لظهور الحديث فى ارادة بيان عدم اعتبار الحضور فى الشفعة والا فالحديث شامل للمتمكن من المجيء والتوكيل وغيرهما.

ويؤيده ماروواه الدعائم،[4] عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: الشفعة للغائب والصغير كماهي لغيرهما اذا قدم الغائب وبلغ الصغير.

فان الصغير غالباً يكون له ولي، وكثيراً مايعلم الولي بالبيع، بل وأصرح منه قول أبي عبدالله عليه السلام[5] كمافي الدعائم فى الشفيع يكون غائباً عن البيع قال: لايقطع شفعته حتى يحضر علم بالبيع أو لم يعلم.

أما الاجماع، فقد عرفت انه معارض باجماع المرتضى على الخلاف،

---

(١) الوسائل: ج١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١.

(٣) المستدرك: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح

(٤) المستدرك: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح

(٥) المستدرك: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح

فهو صغرى ممنوع ، مضافاً الى انه محتمل الاستناد ، بل ظاهره، والاصل لا مجال لـه في قبال المطلقات، بل ربما يعارض بماذكره المرتضى (ره) قال : ويقوي ذلك ان الحقوق في أصول الشريعة، وفي العقول أيضاً لاتبطل بالامساك عن طلبها ، فكيف خرج حق الشفعة عن اصول الاحكام الشرعية والعقلية، فان من لم يطلب دينه أو وديعته لايبطل حقه بالتغافل عن الطلب - انتهى .

وحاصله: وجود الاصل العقلائي ، والاصل الشرعي، وهو قوله عليه السلام[1]: فان حقوق المسلمين لاتبطل. وماأشبه، بعد رؤية العرف انه حق فهما الاصل في هذه المسألة الواردة على الاصل الاولى كأصالة الصحة في البيع الواردة على أصل عدم الانعقاد، وأما خلاف العامة، ففيه ان العامة مختلفون :

قال في مفتاح الكرامة: ان العامة مختلفون في المسألة أشد اختلاف الا ان القول بانها على التراخي ولاتسقط الا بالاسقاط ، والتصريح بالترك أحد أقوال الشافعية ، وقول مالك، وفي انقطاعه عنه روايتان أحديهما انه يمتد الى سنة ، فان عفا والا كان للمشتري ان يرافعه الى الحاكم وللشافعي قول آخر وهو انها على التأبيد كالقصاص، ولايملك مرافعته للحاكم، وقد قال ابن المنذر هذا القول قول جماعة من أهل العلم ، وآخر وهو انها تمتد ثلاثة أيام .

والحاصل : ان للشافعي خمسة أقوال ، وله في كل قول منها موافق ، وقد وافقه في انها على الفور أبوحنيفة وابن أبي ليلى وابن شريك وحكى أبوالحسن عن أبي حنيفة انها تمتد ثلاثة أيام، وهو المحكى عن ابن أبي ليلى ، وحكى عنه (أي أبي حنيفة) محمد انه على شفعته أبداً بعد الاشهاد ، وقال محمد: اذا

---

(١) كما في الوسائل : ج ١٨ ص ٣١٤ الباب ٦ ح ١ .

تركها شهراً بطلت ، وقال أبويوسف: اذا أمكنه ان يطالب عند القاضي فلم يفعل بطلت، وعن الشعبي ان خياره يمتد يوماً ، الى غيرذلك مماحكى عنهم في الانتصار والمبسوط والخلاف والتذكرة ـ انتهى .

ولعل الخبر المروي في الدعائم[1]، عن أميرالمؤمنين عليه السلام محمول على التقية ، أو على الالزام ، ولعله كان ماذكره عليه السلام قول بعض من تقدمه قال في الشفيع : يحضر وقت الشراء ثم يغيب ثم يقدم فيطلب شفعته قال : هو على شفعته مالم يذهب وقتها ووقت الشفعة للحاضر البالغ سنة، فاذا انقضت السنة بعد وقت البيع ولم يطالب شفعته فلاشفعة له .

وكيف كان ، فالشهرة القدمائية للقول بالتراخي ، لانه كماعرفت قول أبي علي والصدوق والمرتضى وأبي المكارم وابن ادريس وأبي الصلاح، وفي السرائر انه أظهر بين الطائفة .

أما القول بالفور ، فهو محكى عن الشيخ والوسيلة فقط من المتقدمين ، اذ القاضي أيضاً غيرمعلوم انه قال به .

قال في مفتاح الكرامة : لاتعرض له في المهذب فالحكاية انه من القاضي لعله في الكامل .

وأما التأييد بقاعدة لاضرر، فقد عرفت مافي لاضرر من عدم الدلالة على الفور ان لم يكن دالا على التراخي .

وعلى هذا ، فاطلاقات أخبار الباب هي المحكمة في المسألة ، وانها على التراخي ، وربما أيّد باجماع المرتضى والاستصحاب والشهرة القدمائية ،

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٤ .

ودليل لاضرر والرواية المتقدمة عن الدعائم[1] وغيرها .

ورجحه الجواهر قائلا: مال في الرياض الى التراخي، ولعله لايخلو من قوة مالم يصل الى حد الضرر نحو ماسمعته منهم في انتظار مدعى غيبة الثمن في بلـد آخر ، بل لووجد قائل بانه على التراخي مالم يتضرر المشتري نحو ماسمعته في دعوى غيبة الثمن التي مرجعها الى مايقرب من ذلك لكان في غاية القوة ـ انتهى .

أقول: بل ظاهر القائلين بالتراخي هو ماذكره ، اذ دليل لاضرر محكم ، فالقائل بالتراخي، لابد وان يقيد قوله: بلاضرر .

ومنه يعلم عدم وجه توقف المسالك في المسألة، حيث قال: وفي الاستدلال من الجانبيـن نظر ، لان الخبريـن الاوليـن عاميان والثالث ، كما لايدل على التراخي لايدل على الفورية كما لايخفى، وثبوتها على خلاف الاصل يوجب المصير اليها، حيث يدل عليه الدليل، سواء حصل الاتفاق عليه أم لا؟ والضرر يزول بضمان الشفيع الارش على تقدير القلع كماسبق ، ودعوى الاجماع من الجانبين تحكم ظاهر، وهذا ممايرشد بفساد هذه الدعاوى وعدم الوثوق بها في مواضع الاشتباه لكثرة المجازفة الواقعة فيها ـ انتهى .

ومراده بالثالث حسنة ابن مهزيار[2] المتقدمة، كما ان منه يعلم وجه النظر في قول الحدائق ، حيث جعل التراخـي هو مقتضى القاعدة قال : والتحقيق ان المسألة لعدم النص الواضح محل اشكال، وان كان القول الاول لاعتباره بالاصل الذي

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

قدمنا ذكـره في غير موضـع مماتقدم مـع اعتبـاره بالاحتياط الذي هو واجب في موضـع الاشتباه الذي منـه خلو المسألـة من الدليل لا يخلو من قرب ـ انتهى .

(مسألة - ٧ -) قال في الشرائع : واذا علم (أي الشفيع) بالشفعة فله المطالبة في الحال ، فان اخر لعذر عن مباشرة الطلب ، وعن التوكيل فيه لم تبطل شفعته، وكذا لوترك لتوهمه كثرة الثمن فبان قليلا أو لتوهم الثمن ذهباً فبان فضة أوحيواناً فبان قماشاً، وكذا لو كان محبوساً بحق وهو عاجز عنه وعجز عن الوكالة، وتجب المبادرة الى المطالبة عند العلم، لكن على ماجرت العادة به غيرمتجاوز عادته في مشيه، ولوكان متشاغلا بعبادة واجبة أومندوبة لم يجب عليه قطعها وجاز الصبر حتى يتمها .

وكذا لودخل عليه وقت الصلاة صبر حتى يتطهر ويصلي متأداً ولو علم بالشفعة مسافراً فان قدر على السعي أوالتوكيل فاهمل بطلت شفعته، ولو عجز عنهما لم تسقط، وان لم يشهد بالمطالبة - انتهى .

أقول: المسألة على التراخي الذي اخترناه واضحة ، وأما على الفور فقد استثنى منه الاشياء التي لاتنافي الفورية العرفية كصلاة الجماعة، كمااستثنى منه مالوكان جاهلا، كما انه لايلزم عليه الاخذ القولي فيما اذا كان غائباً أومحبوساً أوماأشبه، وسيأتي وجه هذه المسائل الثلاث.

قال في المسالك : لا كلام في ان الشفيع اذا علم بالشراء له المطالبة بالشفعة في الحال، وانما الكلام في ان المبادرة مع الامكان شرط في الاستحقاق فتبطل مع الاخلال به أملا ؟ والمصنف لم يصرّح هنا بذلك، بل اقتصر على ان له المطالبة في الحال ، وعلى ان التأخير لعذر غيرمبطل للشفعة ، وكلاهما لااشكال فيه، وحيث يعتبر الفورية فلايقدح فيها تأخيره لعذر يمنع المبادرة اليها مباشرة أو توكيلا .

وقد ذكر من الاعذار مالوترك لتوهمه كثرة الثمن لامارة أوجبته كأخبار

مخبر، ثم ظهر كذبه، ونحوذلك لابمجرد الاحتمال، فان الشفعة باقية الى حين العلم بحقيقة الحال فتصير فورية حينئذ على القول به، وانما كان ذلك عذراً، لان قلة الثمن مقصودة في المعاوضة، فربما كان الترك مستنداً الى الكثرة ومثله مالواعتقده ذهباً فبان فضة، أوحيواناً فبان قماشاً ونحوذلك، لانالغرض قديتعلق بجنس دون آخر لسهولة تحصيله عليه أوغيرها.

وكذا لوكان محبوساً بحق هو عاجز عن أدائه بخلاف مالوكان قادراً، لان التأخير من قبله حينئذ، اذ يجب عليه دفع الحق ليخلص من الحبس المانع من تعجيل المطالبة، الى آخر كلامه.

ثم انه استدل لعدم ضرر ما لاينافي الفورية بأن المستفاد من الادلة الفور العرفي والامور المذكورة لاتنافيه، فاطلاقات الادلة شاملة للاخذ بالشفعة ولو بتراخ لايضر الفور العرفي، كما انه استدل لعدم الضرر فيما اذا كان جاهلا بدليل لاضرر، والغائب[1] على شفعته ومأأشبه، وكلا الامرين مقتضى القاعدةاذا قلنا بلزوم الفور.

ولذا قال في القواعد: وتسقط بكل مايعد تقصيراً أو توانياً على رأي فاذا بلغه الخبر فلينهض للطلب، فان منع بمرض أوحبس في باطل فليوكل ان لم يكن فيه مؤنة ومنة ثقيلة، فان لم يجد فليشهد، فان ترك فالاقرب عدم البطلان، فان بلغهالخبر متواتراً أو بشهادة عدلين، فقال: لم أصدق؟ بطلت شفعته ويقبل عذره لوأخبره صبي أوفاسق أوعدل واحد.

ولوأخبره مخبرفصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت، وانلم يكن عدلا، لان العلم قد يحصل بالواحد للقرائن ـ انتهى.

---

(١) المستدرك: ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ من الشفعة ح ٤.

ومنه يعلم ، عدم الفرق بين الاعذار التي ذكرها الشرائع مما لا تنافي الفورية ، وبين غيرها كمقدمات الصلاة والطهارة وانتظار الجماعة وتطلب الرفقة فيمايكون الى محل المشتري طريق ، وكان الطريق مخوفاً ليصحبهم هو أووكيله الى المشتري أوزوال الحر والبرد المفرطين ولبس الخف ونحوه وغلق الباب والخروج من الحمام بعد قضاء وطره لو سمع بعد دخوله والخروج من الكنيف ، والصبر الى أن يفتح المشتري دكانه لعدم تعارف الذهاب الى داره ، والسلام على المشتري بعد وصوله اليه ، وتحيته بالمعتاد والانتظار حتى يقضي اشغال من تقدمه ممن وقفوا في الصف .

بل ومثل تشييع الجنازة وقضاء حاجة المؤمن وعيادة المريض والاعتكاف فيما كان محل المشتري بعيداً ، حيث يكون الخروج من محل الاعتكاف موجباً لابطال اعتكافه وانتهاء الدرس ، فيما اذاكان يدرس أويدّرس ، وانتهاء الاذان أو الاقامة ، فيما اذاكان مؤذناً أومقيماً ، الى غيرذلك من الامثلة الكثيرة والتي ذكر جملة منها الشيخ والفاضل والشهيدان وجامع المقاصد وغيرهم ، هذا كله بالنسبة الى مالاينافي الفورية .

وأما بالنسبة الى الجهل فقد حكي عن المبسوط انه عقد لها ضابطاً يدخل فيه الجهل بقوله: وجملته ان الشفيع متى بلغته الشفعة ولم يأخذ لغرض صحيح ثم بأن خلاف ذلك لم تسقط شفعته ، وقال الكركي في ضابطه كل أمر ظهر له وقوع البيع عليه ، والغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه ، فالشفعة بحالها لاتبطل للعذر ، وفي المسالك ان التأخير لغرض صحيح أو عذر معتبر لايخل بالفورية .

وفي الجواهر : الاصل في ذلك ان المسلم من دليل الفورية لو قلنا بها

بملاحظةماذكروهمن الاعذار المزبورة، وماورد من النص على الغائب،(١) ودعوى غيبة الثمن البطلان مع الاهمال وعدم الاخذ رغبة عنها من حيث فيه ، لا لامر غير ذلك ، وقد تبين خلافه ـ انتهى .

وهو قد أشار الى ماذكرناه من الدليل في الامرين ، أي في الجهل ومـا لاينافي الفورية ، فعدم العلم بالشفعة ، أوتوهم كون الذهـب فضة أوحيواناً ، فبان خلاف ذلك أوبالعكس أوتوهم ان المشتري لايمكن الاخذ منه لصعوبته، وعدم مبالاته بالدين وعدم خوفه من الحكومة ، أوتوهـّم كون الثمـن قيميّاً والقيمية لاشفعة فيها، أوتوهم كون المبيع سهاماً قليلةفبانت كثيرة، أوبالعكس، أو انه اشتراه لنفسه فبان لغيره أوبالعكس، أو انه اشتراه لشخص فبان انهلاخر، أو انه اشترىالكل بثمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه أوبالعكس، أوانه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره ، أوبالعكس أوتوهمه ان الحاكم يأخذ منه ضريبة متزايدة فبان الخلاف ، أو خوفه من ظهور ماله اذا اشتراه فيقصـده السراق أوالظالم أوماأشبه فبان الخلاف .

الى غير ذلك من الاعذار التي ذكر جملة منها جماعة من الفقهاء في هذا المقام، فانها لاتوجب اسقاط الشفعةلكونها داخلة فيالضابط المذكور المصرح به في الفتوى المستفادة من النص، ولافرق بين عدم علمه لاجل كونه محبوساً أو مريضاً أو مغمى عليه أو في سفر أو ان البائع أخفى البيع أو غير ذلك من أمثال ذلك ، لان المناط في الجميع واحد .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ ح ٢ .

ومن الضابط المتقدم في كلام المبسوط والمحقق والشهيد الثانيين يظهر حال ما اذا كان محبوساً فلم يتمكن من الاخذ بالشفعة بنفسه أو بوكيله بأن لم يتمكن من نجات نفسه من السجن ليأخذ بالشفعة ، فان كل ذلك داخل فيما ذكر من الضابط .

نعم ينبغي ان يستثني من كل ذلك ما اذا سبب تأخير أخذ الشفعة ضرراً على المشتري ، فان لاضرر محكم على الادلة الاولية كما تقدم غير مرة .

ولو تعارض لاضرر الشفيع ولاضرر المشتري تساقطاً وكانت المحكم اصالة سلطة الناس على أموالهم ، فلا شفعة .

ثم ان المسالك بعد ذكر جملة مما لاينافي الفورية كغلق الباب والخروج من الحمام والسلام على المشتري بعد وصوله اليه وتحيته بالمعتاد ونحو ذلك قال : هذا كله اذا كان غائباً ، أما مع حضور المشتري فلا يعد شيء من هذه عذراً لان قوله : أخذت بالشفعة . لاينافي شيئاً من ذلك ، وبالجملة فالمرجع في ذلك كله الى العرف ، فما يعد فيه تقصيراً أو توانياً في الطلب تسقط به الشفعة وما لايعد تقصيراً لايسقطها ـ انتهى .

وأشكل عليه الجواهر بأن كلامهم في المقام في ثبوت الشفعة للغائب صريح أو كالصريح في عدم وجوب المبادرة الى القول المزبور ، وان كان متمكناً ، بل ليس شيء مما ذكروه عذراً عن الفورية من الحبس وغيره صالحاً ، لان يكون عذراً عن القول المزبور الذي لاينافيه حبس ولاغيره .

ومنه يعلم ، ان الاخذ بالشفعة ليس عبارة عن القول المزبور ، بل هو مع دفع الثمن ، أو انه لايثبت حق الشفعة الا بعد دفعه كما ذكرناه سابقاً ، وحينئذ

فلا يترتب على القول المزبور بدونه أثر من تملك العين أو غيره ، وذلك كله شاهد على خلاف ما سمعته سابقاً من الكركي وبعض اتباعه ، بل ذكرهم كيفية ذكر الشفيع بالنسبة الى حضوره عند المشتري كالصريح أيضاً في ذلك ضرورة انه اذا كان أخذ الشفعة الذي هو فوري هوقول أخذت لايحتاج معه الى ذكر كيفية الفور في مشيه الى المشترى، بل لايحتاج معه الى أصل حضوره معه ،كما هو واضح بأدنى تأمل ـ انتهى .

وهو كما ذكره الجواهر ، ويدل عليه رواية ثلاثة أيام[1] ، وروايات الغيبة[2] وغيرها، اذ لو كان الأخذ بالشفعة بمجرد القول لم يحتج الى الامور المذكورة خصوصاً بعد قوله عليه السلام : في الشفيع[3] يكون غائباً عن البيع ؟ قال : لايقطع شفعته حتى يحضر علم بالبيع أو لم يعلم .

ومنه يعلم مافي اتباع الحدائق للمسالك في ذلك قال: هذا كله مع غيبة المشتري عنه في حال العلم، أما مع حضوره فلا يعد شيئاً من هذه عذراً، لان قوله: أخذت بالشفعة لاينافي شيئاً من ذلك ـ انتهى .

وكذا لا حاجة الى الكتابة ولو شك فالاصل عدم الاحتياج الى القول والكتابة، مثلا: كان الشفيع أو المشتري غائباً، وتمكن الشفيع من الكتابة الى المشتري، فانه لا حاجة الى الكتابة اليه في اثبات الشفعة له، بل ينتظر حتى يتلاقياهما أويتلاقى الشفيع مع وكيل المشتري فيأخذ بالشفعة .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٠ الباب ٦ ح ٢ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٦ ح ٣ .

ومنه يعلم ، وجه النظر فى قول المسالك بعد ذلك:العذر الذي لايسقط الشفعة معه بسبب عدم الفورية قسمان :

أحدهما : ماينتظر زواله عن قرب كالاشتغال بالصلاة والطعام وقضاء الحاجة ونحوها، وهذا لايجب عليه التوكيل، بل ينتظر زوال العذر .

والثاني: ما لاينتظر زواله عن قرب كالسفر والمرض والحبس على الوجه السابق ، وهذا يجب عليه المبادرة أو التوكيل مع القدرة عليهما ، وتعين أحدهما مع القدرة عليه خاصة ، والا بطلت شفعته لمافيه من طول المدة ، وعدم المسامحة في مثله ، ولو عجز عن الامرين معاً ، لم يسقط شفعته، لعدم التقصير - انتهى .

اذ وجوب المبادرة بالقول المذكور فى مقابلة التوكيل لادليل عليه ، ثم انه اذا كان مسافراً وكان بامكانه التعجيل لكنه بقى فى السفر لغرض صحيح لم يوجب ذلك اسقاط شفعته، لماتقدم عن المسالك من ان التأخر لغرض صحيح أوعذر لايخل بالفورية، وقد ذكرنا دليله هناك .

ولوتمكن من الحضور بنفسه أو بوكيله فالظاهر عدم الفرق ، اذكلاهما أخذ بالشفعة ، أما اذا تمكن من أحدهما فلم يفعل،فهو مبطل للشفعة ، ولذا اختار فى محكى التذكرة انه اذا أخر التوكيل مع قدرته عليه بطلت شفعته،وقد تقدمت عبارة القواعد : فاذا بلغه الخبر فلينهض للطلب ، فان منع بمرض أو حبس في باطل فليوكل ان لم يكن فيه مؤنة ومنة ثقيلة - انتهى .

والظاهر ان المراد بالمؤنة ، المؤنة العرفية المنافية للاضرار ونحوه، أما غير مثل هذه المؤنة فلا، اذ مع تلك المؤنة الانسان متمكن عرفاً، ولا دليل على خلاف التوكيل بالمؤنة ، واذا توقف اعطاء الثمن على بيع ملك، أو

سحب من رصيد له في المصرف أوماأشبه وجبت الفورية العرفية أيضاً بالنسبة الى ذلك، لوحدة الملاك .

ثم انه ان أخر الاخذ بالشفعة، وادعى العذر ، فعن الفاضل في التذكرة ، والكركي في جامع المقاصد، التصريح بقبول دعواه في وجود تلك الاعذار بل في الجواهر انـه ظاهر الاصحاب من غير فرق بين مالايعرف الا من قبله وغيره قال ولعله لما أشرنا اليه سابقاً من اقتضاء اطلاق الادلة ثبوت حقه مطلقاً، ولكن خرج منه صورة الاهمال مع عدم عذر أصلا ، فمالم تتحقـق فهو على حقه، ومنه يعلم، حكم حال الشك ـ انتهى .

هذا بالاضافـة الى اصالـة الصحة في قول المسلـم وعملـه ، نعم ان قال المشتري: انه لم يكن له عذر، وأقام الدليل، كان الحق مع المشتري في سقوط الشفعة ، وان لم يتم الدليل كان الحق للمشتري في تحليفـه ، فان حلف فهو ، وان لم يحلف ابتنى على مسألة رد الحلف مع النكول وعدمه .

ثم انـه ان وكل ، لكن الوكيل أهمل فليس مسقطاً للشفعـة ، للفرق بين اهمال الاصيل والوكيل ، وعليـه فان تمكن الاصيل على التعجيل ، فلـم يفعل بطلت الشفعة، وان لم يتمكن بقيت الشفعة ، وان أهمل الوكيل .

ومماتقدم ظهـر وجه قول المسالك : ولو قصر الوكيل في الاخذ لم يعد تقصيراً من الموكل، حيث لايعلم بحاله، فاذا كان الوكيل وكيلا عاماً كالتجار الذين لهم وكلاء عامون في بلد آخر ، يتصرفون حسب رأيهم، فانـه اذا قصر كان للموكل الشفعة الا فيما اذا سبب التأخير الضرر كماتقدم في نفس الشفيع اذا كان غائباً، وغيبته أوجبت الضرر على المشتري ونحوها .

ولو لم يكن المالك قادراً لا على مبادرة نفسه، ولا على التوكيل، ثم قدر وجبت المبادرة الى أحدهما بعد زوال العذر كما في المسالك، والظاهر انه لا يجب الاشهاد على المطالبة، وان تمكن منه.

كما أفتى به القواعد قائلا : فان ترك الاشهاد فالاقرب عدم البطلان، وعلله في جامع المقاصد بأن الحق قد ثبت والاصل بقائه، ولان فائدة الاشهاد ثبوت العذر وهو يثبت باقرار المشتري أو يمين الشفيع على نفي التقصير، لان الاصل معه، فلا أثر لتركه، ولعموم دلائل الشفعة المتناولة لمحل النزاع.

ومنه يعلم، وجه النظر في المحكي عن الايضاح من ان الاصح البطلان اذا لم يشهد، لان الاشهاد قائم مقام الطلب، فتركه كتركه، وان الترك أعم من أن يكون لعذر أو لا؟ ولا يعلم الا بالاشهاد والشفعة على خلاف الاصل، اذ فيه انه لا دليل على ان الاشهاد قائم مقام الطلب، ولو استدل بالملاك ففيه انه غير قطعي، بل وخلاف اطلاق الدليل بالنسبة الى الغائب.

ثم في هذه الايام التي يتمكن الانسان فيها من الابراق الى المشتري أو التلفن فيما كان له هنالك عند المشتري مال يمكنه أخذه اذا لم يستعجل الشفيع في اعلامه وأخذه، كان من المفوت للفور أيضاً للملاك، ولا حاجة الى اعطاء الشفيع للمشتري الثمن عيناً، بل اذا كان للشفيع على ذمة المشتري بقدره أو أكثر حق له أن يقول للمشتري: اسقطه من حقي ثمناً للمبيع، ولا حق للمشتري في الامتناع بأن يقول: اني لا أريد الا العين نقداً، ولو قال المشتري ذلك لم ينفع، ويكون الشقص للشفيع، ولا حاجة للحضور عند الحاكم، اذ لا دليل عليه، كما صرح به غير واحد، كما لا حاجة للحضور عند المشتري أيضاً بعد امكان ارسال الثمن ونحوه.

ومن ذلك يظهر،وجه النظر فيما حكى عن التذكرة انه قال : لولم يتمكن من المضي الى أحدهما ، أي المشتري أو القاضي ، ولا من الاشهاد ، فهل يؤمر ان يقول : تملكت الشقص أو أخذته الاقرب ذلك ، لان الواجب الطلب عند القاضي أو المشتري ، فاذا فات القيد لم يسقط الاخر،وللشافعية وجهان ، ولذا قال في الجواهر : في الاشكال عليه: لايخفى عليك ما فيه من عدم الدليل على وجوب القول المزبور ، بل الظاهر انه لاأثر له كما عرفت .

ولو ذهب الى المشتري لاعطائه الثمن وأخذه بالشفعة ، لكن المشتري لما عرف بذلك هرب ، لم يكن منافياً للفور وبقى على شفعته ، لانه فعل ما تمكن منه،فيشمله اطلاق أدلة الشفعة،والظاهر انه لايكفي الحضور عندالحاكم اذا كان بامكانه الحضور عند المشتري من دون محذور ، اذ ليس الحاكم ولياً له في هذا الحال .

نعم ، اذا كان المشتري ممتنعاً صح للشفيع الحضور عند الحاكم ، لانه ولي الممتنع ، ولوكان المشتري صغيراً ولاولي له وجب على الشفيع الحضور عند الحاكم ، كما انه اذا اشتراه ثم جن أو اغمى عليه أو نحو ذلك يجب عليه الحضور عند الحاكم .

هذا لكن ربما يقال : من المحتمل انه اذا لم يكن ضرر على المشتري في الصبر ، لم يجب على الشفيع الحضور عند الحاكم ، ومثله ما اذا كان المشتري سجيناً أومسافراً أوما أشبه، اذلافرق بين عذر الشفيع أوعذر المشتري فكما انه اذا كان الشفيع غائباً لايجب عليه الحضور عند الحاكم هناك لتسليمه الثمن كذلك اذا كان المشتري غائباً أو سجيناً أو نحوهما .

ومنه يعلم وجه النظر في قول التذكرة لولم يمض الى المشتري ومضى الى الحاكم لم يكن مقصراً في الطلب .

أما قول المبسوط : اذا وجبت له الشفعة فصار الى المطالبة على العادة ، قال : قوم ان أتى المشتري فطالبه ، فهو على شفعته ، وان تركه ومضى الى الحاكم فطالبه بها عنده ، فهو على شفعته عند قوم ، وقال قوم : تبطل شفعته ، فان ترك الحاكم والمشتري معاً، ومضى فأشهد على نفسه انه على المطالبة بطلت شفعته .

وقال أبوحنيفة : لاتبطل ويكون على المطالبة بها أبداً ، وقال : من خالفه انه خلط ، لانه ترك المطالبة بها مع القدرة عليها ، وقول أبي حنيفة أقوى ، لانه لادليل على بطلانها ، فالظاهر انه كما ذكره الجواهر بعد نقل هذه العبارة وعبارة عن التذكرة قال : الغرض من نقل هذه العبارات بيان ان المبسوط والتذكرة لاوثوق بما يصدر من بعض العبارات فيهما لانهما مساقان للبحث مع العامة، فربما وقع فيهما مايظن انه على مذهبنا وهو بحث منهما مع العامة على اصولهم والا فتحقيق الحال انه لاأثر في نصوصنا، ولافي اصولنا لاعتبار حكم الحاكم، أوحضوره في الاخذ بالشفعة، ولاللاشهاد لابالنسبةالىالصحة، ولابالنسبة الى اثبات ذلك، أواثبات العذر المانع له الى ان قال : ولعل اهمال الاصحاب ذكرالاعذار الحاصلة للشفيع بسبب المشتري اتكالا على ظهورالامر، وانها أولى من الاعذار المتعلقة بالشفيع - انتهى .

وكيف كان، فمن الواضح انه لوكان البائع الولي في مثل الصغير والمجنون لم يكف الحضور عند المولى عليهما وتسليمهما الثمن .

نعم اذا باع الولي ثم كمل المولى عليه صح الحضور عنده واعطائه الثمن،

ولايصح الحضور عند الولي حينئذ لسقوط ولايته بكمال المولى عليه .

ومنه يعلم ، انه ربما يصح الحضور عند الوكيل أوالولي، وربما لايصح الا عند المولى عليه والموكل ، وربما يصح الحضور عند أحدهما ، بل وربما عند الحاكم فيما اذا كان المشتري ممتنعاً ، وكان الطريق منحصراً بالحاكم .

وكيف كان ، فلاينبغي الاشكال في انه لايضر الجهل بعدم الاخذ بالشفعة، وان كان الجهل عن تقصير لما عرفت من الدليل .

ومنه ظهر، وجه قول الجواهر: لقد ظهرلك مما ذكرناه من الاصل المزبور انهلوجهل استحقاق الشفعة فهو على شفعته، كما صرح به غير واحد للاطلاق.

نعم قيده بعضهم بما اذا كان قريب العهدبالاسلام أونشأ في برية لايعرفون الاحكام ، مع ان الاصح خلافه ضرورة عدم كون ذلك من الضروريات التي لايعذر فيها الا من كان كذلك ، وكذا الحال فيما لوعلم ثبوتها وجهل فوريتها.

ولكن في جامع المقاصد: ان الظاهر السقوط، وفيه: انه لافرق بينهوبين الاول الذي اعترف فيه بعدم السقوط، كما هو الموافق لما ذكرناه من الاصل ـ انتهى .

بل مقتضى ماتقدم انه حتى اذا كان من أهل العلم والفضل، وادعى الجهل الا ان نقطع بأنه كاذب ، اذ كثيراً ما أهل العلم و الفضل أيضاً لايعرفون ذلك أصلا أوكونه فوراً ، أما اذا لم يأخذ بالشفعة ، ثم قال : كنت أعلم بالشفعة ، لكن اجتهادي أواجتهاد مرجعي انه ليس فيه فور ، فالظاهر القبول في غير ما يوجب ضرراً على المشتري ، حيث ان الضرر يوجب العدم) ومما تقدم يعلم ان نسيان أصل الشفعة أوالفورية أيضاً من الاعذار .

قال في الجواهر: وكذاالحال في النسيان، وان تردد فيه في محكي التحرير

بل قال بعض الناس : ان السقوط به لانه معذور ، لكن لايخفى عليك مافيه بعد الاحاطة بماذكرناه الذي مرجعه الاقتصار في سقوطها على اهمالها بعد التمكن منها من سائر الوجوه ، وان أطلق بعضهم على ذلك اعتبار الفورية فيها، لكن المراد منه بقرينة ماسمعت من الاعذار ذلك ـ انتهى .

ومنه يعلم ، حال الاضطرار بأن كان متمكناً في نفسه ، لكن هناك ضرورة تلجئه الى عدم الحضور فوراً ،كما اذا كان لـه ولد مريض مخطور أو نحو ذلك ، وكذلك حال الاكراه بأن اكرهه مكره على عدم الحضور ، لأنه اعذار بالاضافة الىأدلة رفع الاكراه والاضطرار ، ولو قدم المال الى المشتري لكن المشتري لم يأخذه بقيت الشفعة،اذ لم يكن من ناحيته تقصير،ويشمله الاطلاق.

وكذا اذا كان قانون البلد مثلا على عدم الشفعة فلم يعطه المشتري ، فانه حيث ما تمكن كان لـه الاخذ بها ، وان أوجب ضرراً على المشتري ، لان المشتري هو الذي أقدم على هذا الضرر .

نعم،اذا لم يكن المشتري مقدماً لانه لايريد الاخذ بالقانون،وانما القانون يحتم عليه عدم اعطائه الشفعة كان دليل لاضرر محكماً ، ثم اذا أراد الشفيع تسليم الثمن حيث أخذ بالشفعة فلم يقبل المشتري لـم يسقط الشفعة بتأخير التسليم ، وانما صار المال مال الشفيع ، فاذا لـم يقبل بالتسلم لمحذور له أو عناداً ، كان للشفيع تسليمه الى الحاكم لانه ولي الممتنع .

نعم اذاكان التسليم في وقت لايتعارف فيه التسليم ،كما اذاكان في السفر وكان المال في خطر، سواءكان عند المسلم أوعند المشتري ، فان له الحقفي عدم التسلم وذلك لعدم تعارف التسليم والتسلم في مثل هذا الحال .

لايقال : اذا صار المال مال المشتري لم يكن وجه لعدم تسلمه ، وان كان

التسلم مخطـوراً ، لان عدم التسلم خلاف سلطة الشفيع على نفسه ومالـه ، فان بقاء مال الغير عند الانسان رغماً عليه خلاف ارادته خلاف دليل السلطة .

لانه يقال : المنصرف من الادلة المتعارف فغيرالمتعارف خارج عن دليل التسليم والتسلم ، فهو كما اذا غصب منه الثلج في الصيف وأراد تسليمه ولو بعينه في الشتاء ، حيث ان دليل الغصب مردود ، منصرف عـن مثل ذلك ،أو غصب منه ماءاً في البلد حيث يعزالماء ، فأراد تسليمه الماء ولوعينه على النهر حيث لاقيمة للماء .

ومنه يعلم ، انهما اذاكانا في السفر فأراد تسليمه الثمن حق للمشتري عدم التسلم ، وان يقول له : لاأتسلم المال الاحيث يتعارف التسلم في البلد ، وان لم يكن الموضوع خطراً .

ثم الظاهر ان الثمن لوكان مثلياً ثم صار قيمياً لسقوط المثل عن القيمة ، فالواجب على الشفيع اعطائه القيمة ،كمااذاكان النقد في زمان حكومة رائجاً ثم سقطت تلك الحكومة فسقط النقد ، حيث ان النقد كان مثلياً والان صـار قيمياً ،لان نقدتلك الحكومة صارمن الاوراق النادرة التي تشتري وتباع باعتبارها ورقاً نادراً ، لاباعتبارهامثلياً ، وكذلك في العكس ، فاذاكان قيمياً ثم صارمثلياً لم يبعد ان يكون الواجب اعطاءالمثل، كمااذاكان النقد في زمان حكومةفسقطت الحكومة فسقط النقد وصارمن الاثارالعتيقة ثم رجعت تلك الحكومةفرجع النقد كماكان حيث انه في زمان السقوط صارقيمياً، ثم تبدل في زمان رجوع الحكومة مثلياً.

ثم ان الجواهر قال ممزوجاً مع الشرائع : ان القيمة في وقت العقد ،أو وقت الاخذ أوأعلى القيم من وقت العقد الى وقت الاخذ المعروف فيمابينهم الاول ، بل لم نعرف القائل بالثاني وان حكى ، أما الثالث : فهوالمحكى عن

الفخر والموجود في الايضاح الى وقت الدفع محتجاً عليه بانه اخذ قهري كالغصب ، وفيه ما لايخفى في المقيس والمقيس عليه ، ومن هنا قال في غاية المراد :انه لاوجه له ، بل جعل الثاني كذلك أيضاً وهوفي محله ، وان رماهما غيره بالضعف ـ انتهى .

وماذكره المشهور هومقتضى القاعدة ، وان القيمة اعتبارها بوقت العقد لان المشتري انما خسرهذا المقدارمن القيمة فقط ، ولوكانت في ضمن العين.

ولذا لو ارتفع الثمن أو انخفض بعد تسلم الشريك له لايضر ولايربح المشتري بقدرالارتفاع أوالانخفاض فعليه يجب على الشفيع اعطاء تلك المقدار من القيمة التي خسرها المشتري لاأكثر من ذلك أو أقل ، فاذا أعطى المشتري للشريك جوهراً قيمته عشرون في حال الاعطاء ثم ارتفع الجوهر الى اربعين أو انخفض الى عشرة ، فان المشتري انما خسر العشرين فقط لاأكثر ولاأقل، فعلى الشفيع ان يعطيه العشرين .

ثم على الفورية لوصارالمشتري مغمى عليه أوسجيناً أومسافراً أوماأشبه، حيث لايتمكن من تسلم المال بنفسه أووكيله ، فالظاهر ان الشفعة لاتسقط ، وانما للشفيع الاخذ بالشفعة ، واستعداده لاعطاء المال في أول أوقات الامكان لاطلاق أدلة الشفعة .

وقال في الجواهر : لعل اهمال الاصحاب ذكر الاعذار الحاصلة للشفيع بسبب المشترياتكالاعلى ظهورالامروانها أولى من الاعذارالمتعلقة بالشفيع ـ انتهى .

ثم ان الشفيع اذالم يرد الاخذ بالشفعة لكن أكرهه مكره بالاخذفالشفعة باطلة ، أما اذا كان اضطرار كما اذا أخذه من جهة والده مثلا الذي أجبره على

ذلك لاالاكراه ، فالظاهر صحةالشفعة ، لان الاضطرار لايرفع أحكام العقود ، كمااذا اضطرالى بيع داره لأجل معالجة ولده ، فان البيع صحيح ، وقد ألمعنا الى هذه المسألة في بعض مباحث[الفقه] .

ولو أوجب أخذ الشفيع للشفعة تضرر المشتري أوالشريك :

كمافيما اذا علم الحاكم بذلك اغتصب مال المشتري أو مال البائع الشريك فهل يصح الأخذ بالشفعة للادلة المطلقة ، أو لايصح لاجل لاضرر المحكم على الأدلة ، أو يلاحظ أقل الضررين ، ومع التساوي تساقطا والمرجع الأصل الظاهر الثالث .

فان كان احدهما المتضرر أقل ضرراً قدم الاقل ضرراً واذا كان ضررهما متساوياً تساقطا ، وكان المرجع الأدلة الاولية فالمال يبقى عندالمشتري لاصالة تسلط الناس على أموالهم، فان الشفعة شرعت لاجل رفع الضرر عن الشفيع ، فاذا كان الضرر متعارضاً فلاشفعة ، ويكون المرجع اصالة تسلط المشتري على ماله، فلايقال: انبعد تساقط الضررين يكون المرجع دليل الشفعة فتأمل .

ثم الظاهر انه للشفيع أخذ المال للتنازل عن حق الشفعة لانه حق ، فيصح ان يقابل بالمال فى اسقاطه ، سواء أخذالمال عن البائع أو المشتري أومشتري المشتري ، واذا أسقط حقه فى مقابل المال لاحق له في الرجوع في الشفعة ، أو فى استرجاع المعطى ماله .

نعم لايبعد أن يكون له ذلك اذا تضرر بأن كان حق الشفعة يساوي مثلا عشرين فأخذ عشرة في قبال اسقاط حق الشفعة جاهلا بذلك ، فان دليل الغرور وما دل من لاضرر[1] ونحوه مما استدلوا به في خيار الغبن وغيره شامل للمقام

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٦٤ الباب ١٧ .

أيضاً ، وهل له الحقبل وقوع البيع بأن يقول الشريك أو المشتري: انه يأخذ كمية من المال في قبال انه اذا وقع البيع لايأخذ بالشفعة لايبعد ذلك .

نعم ان لم يبع الشريك أرجع المال لظهور انه لم يكن حق حتى يبادل بالمال ، فان أخذ المال قبل البيع سقط لانه حق قابل للاسقاط والتبديل ،فاذا أخذ بالشفعة بعد ذلك لم تثبت له .

(مسألة ـ ٨ ـ) قال في الشرائع: ولاتسقط الشفعة بتقايل المتبايعين، لان الاستحقاق حصل بالعقد، فليس للمتبايعين اسقاطه .

وقال العلاّمة في القواعد: فان تقايل المتبايعان أو رد بعيب فللشفيع فسخ الاقالة والرد .

وفي مفتاح الكرامة: أما ان له فسخ الاقالة اذا تقايل إلمتبايعان فقدصرّح بـه في المبسوط والمهذب والوسيلة والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشادوشرحه لولده والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفايـة والمفاتيح ، ثم عللـه بسبق حق الشفيع على حق البائـع من حيث ان الشفعـة استحقت بالشراء والتقايل لا حق للعقـد فتقدم الشفعة فله فسخ الاقالة والاخذ من المشتري على قاعدة الشفعة ـ انتهى .

وفي الجواهر: بل لاأجد فيه ، خلافـاً بينهم لصدق ان الشريك قد باع نصيبه وهو عنوان ثبوتها في النص والفتوى ـ انتهى .

وانما تصح الاقالـة والرد لاطلاق أدلتهما ، فيشمـل المقام الا أن الشفيـع فسخهما باعتبار سبق حقه فيكون بقاء صحتهما مراعي بعفو الشفيـع، فانحصل استمر والا انفسخ من حينه، ومرادنا بعفو الشفيـع انـه لميأخذ بالشفعة، سواء أسقط شفعته أو بقي ساكتاً عنها حتى فات الوقت .

قال في مفتاح الكرامة: قال الشهيد في حواشيه: انه يفهم من فسخالاقالة والردّ أمران :

الاول: الفسخ مطلقاً، أي بالنسبة الى الجميع ، فتكون الاقالة والرد نسياً منسياً .

الثاني : انـه بالنسبـة الى الشفيـع خاصـة لانهما مالكان حال التصرف ،

فيترتب أثـر تصرفهما عليه قال : وتظهر الفائدة فى النماء ، فعلـى الاول نماء الثمـن بعد الأقالـة والردّ للبائـع ، ونماء المبيع للمشتري ، وعلـى الثاني بالعكس .

وقال في جامع المقاصد فى مناقشتـه : ان الاقالـة والرد يقتضيان الفسخ والفسخ لايتجزء فأما الصحة مطلقاً أو البطلان مطلقاً، وحيث كان الشفيع أسبق كان الوجه البطلان مطلقاً .

قلت : فسخ الاقالـة يرفعها من حيـن الفسخ ولايبطلهـا من أصلها كماهي قاعدة الفسوخ كنظائرها فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الاقالة وفسخها للبائع ونماء الثمن للمشتري فالوجه الاول من وجهي الشهيد لا وجه له أيضاً لعدم المقتضى لرفـع الاقالـة من رأس بعد وقوعهـا من مالك يحتمل أن يؤخذ منه، وان لايؤخذ فكانت كالفسخ بالعيب لايبطل الاّ من حينه ـ انتهى .

وقد تقدم عليه المسالك فى ذلك فقال : ثم فسخ الأقالـة يرفعها من حين الفسخ، ولايبطلها من أصلها، كماهي قاعدة الفسوخ كنظائـرها فنماء المبيع المنفصل المتخلل بين الاقالة وفسخها للبائع، ونماء الثمن للمشتري .

وماقيل هنا خلاف ذلك لايوافق القواعد الشرعية ، ومن جعلها بيعاً خير الشفيع بيـن الاخذ بالاقالـة ، وجعل الدرك على البائـع ، وبين فسخها حتى يعود الشقص الى المشتري فيأخذ منـه ـ انتهى كلام المسالك .

لكن لايخفى انـه لاوجه لتقييـد النماء بالمنفصل اذ أي فرق بيـن النماء المتصل والمنفصـل بعد كون الملاك فيهما واحـداً وتبعهما الجواهر فى كون القاعدة ان الفسخ من حينه لامن أصله .

لكنه قال بعد ذلك : اللهم الا ان يريد أن نماء الثمن بعد فسخ الاقالة يكون

للبائـع ونماء المبيع للمشتري لا النماء المتخلـل بين الاقالـة وفسخ الشفيع ضرورة ان مرجع ذلك حينئذ الى عدم تأثير ماوقع من الاقالة والرد وهو مع انـه ليس قولا لاحد منا ، بل ولا من العامـة عدا ماتسمعه من ابن شريح، بل يمكن تحصيل الاجماع على خلافه مناف لاطلاق دليلهما الذي لاينافيه تعلق حق الشفيع بعد ان تسلط به على الخيار اذ لادليل على منافاة تعلق حقه لاصل صحتهما على وجه لايؤثر سببها .

أقول :أما كون الفسخ من حينه لامن أصله فهومقتضى القاعدة ،كما ذكره السيد والشيخ حيث ان تأثير الفسخ الحالي في السابق خلاف الاصل ولادليل عليه من الشرع حتى يقال به ، وكون الفسخ من حينه هوالذي يستفاد من فسخ النكاح حيث ان فسخه يوجب ارتفاع النكاح من حين الفسخ لامن أصله فيترتب على الطرفين محرمات المصاهرة ، وغيرها كما هو الظاهر من النص والفتوى ، كما تقدم .

واما قوله: (اللهم الاان يريد) ففيه ان هذا الاحتمال لاوجه له حتى احتمالا، اذ ليس للشفيع حقان حـق ابطال الاقالة والرد ، وحق الاخـذ بالشفعة حتـى يبطلهما أولا فيرجع الملكان الى البائع والمشتري ، ويكون نماء المثمن للبائع والثمن للمشتري ، ثم يأخذ الشفيع بالشفعة فاحتمال الحقين غير ظاهر الوجه اطـلاقاً .

قال اسحاق[1] بن عمار : حدثني من سمع أباعبدالله عليه السلام وسأله رجل وانـا عنده فقال : رجل مسلم احتاج الى بيع داره فجاء الى أخيه، فقال : ابيعك داري هذه وتكون لك أحب الى من ان تكون لغيرك على ان تشترط لى ان انا جئتك

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٥٥ الباب ٨ من الخيار ح ١ .

بثمنها الى سنة ان ترد عليّ ؟ فقال : لابأس بهذا ان جاء بثمنها الى سنة ردهـا عليه . قلت : فانهـا كانت فيها غلة كثيرة فأخذ الغلة لمن تكـون الغلة ؟ فقال : الغلة للمشتري ، ألا ترى انه لو احترقت لكان من ماله .

وعن معاوية بن ميسرة[١] قال : سمعت أباالجارود يسأل أباعبدالله عليه السلام، عن رجل باع داراً لـه من رجل، وكان بينـه وبين الرجل الذي اشترى منه الدار حاصر فاشترط انك ان اتيتني بمالي مابين ثلاث سنين فالدار دارك فأتاه بماله قال له شرطه .

قال له أبوالجارود: فان ذلك الرجل قـد أصاب فى ذلك المال فى ثلاث سنين، قال: هو ماله؟ وقال أبوعبدالله: أرأيت لوأن الدار احترقت من مال من كانت تكون الدار دار المشتري .

بل ويؤيد كون الفسخ من حينه لا من أصلـه ، روايات العنين[٢]، حيث ان الظاهر منها ان الفسخ انما يكون من حين الفسخ لا من أصلـه ، بحيث يكون العقد كلا عقد ولذا كان ظاهرها كماهو ظاهر الفتاوى حلية المرأة للرجل فى هذه السنة .

وكذلك الاخبار الدالة على فسخ الصغيرة أوالصغير لوبلغا بعد ان عقدهما وليهما، فان الظاهر ان فى مدة الصغر يكون العقـد صحيحاً، وان ذلك العقد يوجب تحريـم المصاهرة كمافي سائـر العقود ، وانما يكون الفسخ من حين الادراك والفسخ، الى سائر الروايات التي يظهر منها ذلك .

---

(١) انظر : الوسائل : ج ١٢ ص ٦١١ الباب ١٤ .

(٢) الوسائل : ج ١٤ ص ٦١٢ الباب ١٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ٩ ـ ١٠ ـ ١١ ـ ١٢ .

ومماتقدم ظهر حال ماإذا صحح الشفيع البيع الاول ، فانـه له أن يأخذ بالشفعـة فى البيـع الثاني الا اذا باع الشريك الى نفرين ، ثم ان أحدهما باع الى آخر أوكلاهما باع الى آخر أو الى نفرين أوماأشبـه ، فانه لاحق له فى الاخذ بالشفعة الثانية، لان الشركاء صاروا ثلاثـة الا على قول من يرى صحة الشفعة حتى فى الشركاء المتعددين .

ومما تقدم يعلم انه لوتصرف المشتري فيماانتقل اليه أو البائع في الثمن، ثم أخذ الشفيع بالشفعة بطل ذلك التصرف ، وان كان تصرفاًكالوقف ونحـوه اذ لاحق له في هذاالتصرف فيقع التصرف مراعاً فان اطلاق الادلة يدل على ان للشفيع ان يأخذ المبيع سواء أوقع المشتري عليه وقفاً أولا فان حق الشفيع سابق على حق الوقف ونحوه ،كما سيأتي .

ومنه يعلم، ان قول الجواهربعد ان حكى عن مفتاح الكرامة :(ان الاجماع البسيط والمركب على عدم كون ذلك كالفضولي موقوفاً على الاجازة من الشفيع والاكان باطلامن أصله) وهوكذلك خصوصاً في مثل تصرف المشتري ، مثلا بالوقف ونحـوه ـ انتهى . ليس للخصوصية في الوقف ، فان الوقف وغيره متساويان في الحكم المزبور .

والحاصل :ان تصرف المشتري صحيح في المثمن، كماان تصرف البائع صحيح في الثمن ، ولايتوقفان على اجازة الشفيع .

أما اذاأخذ الشفيع بالشفعة فقد بطل تصرف المشتري ،كما يبطل تصرف البائع أيضاً لان البيع سقط ، واذا سقط البيع سقط آثاره وليس مـاذكرناه كلام ابن شريح القائل بعدم صحة التصرف مما أطبق العامة والخاصة على خلافه بل هوعبارة عن صحة التصرف ، وانما للشفيع ابطاله من حين الابطال لامن الاصل

حتى يكون كالفضولي .

ومماذكر يعلم حال مطلق الرد بين المتبايعين سواء كان بتقايل أو رد بعيب أو خيار شرط ، أوما أشبه فلا اختصاص بالمثالين في كلامهم ولعلهم انما ذكروهما من باب المثال لامن باب الخصوصية لوضوح وحدة الملاك في الجميع وحيث قد سبق ان للشفيع الاخذ بالبعض خلافاً للمشهور ، فان هنا أيضاً ، يصح للشفيع فسخ بعض الاقالة والرد، لكن للمشتري خيار تبعض الصفقة،كما ذكرناه هناك أيضاً .

ثم انه قد تقدم في كلام العلامة مساوات التقايل والرد بالعيب ، ونقل ان حكم الرد بالعيب ذلك مفتاح الكرامة عن تصريح المبسوط والوسيلة والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة .

وعلله بان استحقاق الفسخ بالعيب فرع دخول المعيب في ملكه ودخوله في ملكه انما يتحقق بوقوع العقد صحيحاً ، وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقترنان لان الاخذ بالشفعة ، والفسخ بالعيب متساويان في الثبوت ، لانهما فرع العقد فكان الرد بالعيب كالهبة والبيع والوقف والاقالة فرع الملك والعقد .

ولكن يفرق بين هذه وبين الرد بالعيب والاخذ بالشفعة انهما يثبتان قهراً من دون توقف على رضى البائع في الاول ورضى المشتري في الثاني بخلاف الهبة والبيع ونحوهما فانهما يتوقفان على رضى الطرفين .

ولهذا قالوا : ان الاخذ بالشفعة أسبق منها ، لكن ذلك يقضي بانه أقوى — انتهى .

والظاهر ان الحكم كماذكروه اذ بسبب البيع يصدق دليل الشفعة سواء قلنا بأن الحقين متقارنان أو ان حق الشفعة مقدم .

وبذلك يظهر وجه النظر في اشكال الجواهر في المسألة بأنه لاترجيح لحق الشفيع على حق الرد بالعيب ثم قال : اللهم الا ان يقال: ان حق الرد بالعيب انّما يثبت حين العلم به بخلاف حق الشفيع الثابت بتمام العقد ، ولكن قد يناقش بمنع اعتبار العلم في استحقاق الرد به ، بل هو ثابت بنفس العقدولكن لايحصل له الاخذ بحقه ان شاء الا بعد العلم به ومن هنا صرّح غير واحد باقتران الحقين وتساويهما في الثبوت الا انه ادعى تقديم حق الشفيع على حق المشتري باعتبار ان الثمن حاصل له من الشفيع فلاضرر عليه ولكنه كماترى ان لم يكن اجماعاً الى آخر كلامه، فانه وان قلنا باقتران الحقين لكن حق الشفيع داخل في اطلاق الأدلة فيشمله فلايمانعه حق الرد، وانكان مقترناً، بل لو فرض محالا ان حق الرد سابق أيضاً كان حق الشفعة باقياً لماعرفت من اطلاق الادلة من غير مقيد، فكلما وقع البيع كان للشفيع الاخذ سواء كان حق مناقض له سابقاً أو لاحقاً أومقارناً أومجهولا في سبقه ولحوقه وتقارنه .

نعم في الفضولي ونحوه حيث لم يثبت العقد أصلا الا باجازة المالك ونحوه لايكون حق الشفعة اذا لم يجز المالك لانه لم يقع البيع .

(مسألة ـ ٩ ـ) قال في الشرائع : والدرك باق على المشتري .

وقال في الجواهر: انه بعد فسخ الشفيع الاقالة والرد بشفعته في الشقص يكون الدرك باقياً على المشتري لانفساخ الاقالـة والرد السابقين لا ان المراد مع فرض بقاء أثرهما ان كان الشقص ملكاً للبائع للشفيع ان يشفع بـه ويأخذه من ملك البائع بالثمن السابق على الاقالـة، ولكن الدرك يكون على المشتري لاستصحاب بقائـه ، وان احتمله بعض الناس ، بل ادعى انه الموافق لقواعد الباب وغيرها ومحكي الاجماع على ان الدرك على المشتري ـ انتهى،ومراده ببعض الناس مفتاح الكرامـة حيث انه عند قول العلاّمـة : والدرك باق على المشتري، قال: الا ان يقال: بجواز الاخذ من البائع بعد الاقالة لثبوت الشفعة وعدم المنافاة بينها وبين الاقالـة فكأن البائع قد ارتكب استحقاق الاخذ منه بالاقالة، ولايضر ثبوت أخذ الشفعة عندهم من المشتري في غير هذه الصورة، بل الاخبار خالية من الاخذ من المشتري، بل هي ظاهرة في الاخذ من البائع وسيأتي للمصنف الجزم بأن الشفيع يأخذ من البائع فيما اذا اختلف المتبايعان في قدر الثمن وتحالفا وقال الشيخ في الخلاف : ان الشفيع يأخذ من البائع فيما اذا ادعى المالك البيع وأنكـر المشتري وحلف فالاخذ من البائـع ليس ببدع، كمايأتي،فحاصل كلام الجواهـر ان الشفيع يبطل الرد والاقالـة فالملك يرجع الى المشتري ودركه عليه وحاصل كلام مفتاح الكرامـة ان الشفيع لا يبطل الرد والاقالة فالملك باق على ملك الشريك، لكن دركه على المشتري ولايخفى انه لا دلالـة لكلام الخلاف والعلامـة التابع له على ماذكره مفتاح الكرامة اذ انما يأخذ الشفيع من البائع في صورة عدم كون الملك بيدالمشتري لانكاره .

أما اذا فسخ الشفيع الأقالة رجع الملك الى المشتري وكان بيدالمشتري فلاوجه لاخذ الشفيع الملك من البائع فكون الدرك على المشتري معناه ان الملك بيده ، وانـه هو المأخوذ منه الملك فيضمن المشتري درك ملك نفسه فيما اذا تلف المبيع قبل قبض الشفيع أوماأشبه، لاان الملك لانسان والدرك على انسان، اذ لاوجه له، ومنه يعلم انه لاوجه لماذكره الجواهر من انكلام السيد العاملي مخالف لظاهر جماعة وصريح آخرين .

وقد عرفت ان الخلاف والعلاّمة أيضاً لا يقولان بما قاله حتى يجعل الجواهر فرقاً بين كلامهما وكلام الاخرين ، نعم ماذكره الجواهر من انه يمكن دعوى القطع بخلاف كلام السيد العاملي خصوصاً بملاحظة عدمالدليل على ضمان درك ماهو ملك الغير من دون سبب من أسباب الضمان وخصوصاً بملاحظة الاجماع بقسميه فضلا عن ظاهر الادلة على أخذ الشفيع منالمشتري بمعنى الانتقال من ملكه اليه ـ انتهى، هو مقتضى القاعدة،ثم قال الجواهر نعم لعل الاولى من ذلك احتمال سقوط الشفعة من أصلها بناءاً على ظهور قوله عليه السلام[(١)]: فهو أحق بها من غيره بالثمن في عدم رد المبيع الى المالك الذي هو الشريك الاول، كما تسمعه عن المروزي في تصرف المشتري بوقف أوبيع أونحوهما أوعلى القرل بعدم تأثير الاقالة باعتبار تعلق حق الشفيع في العين نفسها على وجه يكون الدرك على المشتري ولايكون ذلك الا بعدمتأثير الاقالة والرد كماسمعته من ابنشريح الا انهما معاً يمكن دعوى الاجماع من المسلمين على خلافهما فضلا عن غيره من الادلة ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .

لكن الظاهر انـه لاحاجة الى قوله : الا انهما الى آخره اذ قبل الاجماع الادلة تقتضي ماذكره من عدم سقوط الشفعة فانـه لاوجه لسقوطها بعد اطلاق أدلتها،ومن تأثير الاقالة اذ لاوجه لعدم بتأثيرها بعد اطلاقات أدلة الاقالة الشاملة للمقام فذكر الاجماع وحده في مقابل الاحتماليـن مع ان الدليل سابق على الاجماع محل نظر .

ثم ان الشرائع قال : نعم ، لورضى الشفيع بالبيع، ثم تقايلا لم‌يكن له شفعة، لانها فسخ وليست بيعاً ـ انتهى ووجهه واضح .

ولذا قال في مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة: ولورضى بالشراء لم‌يكن له الشفعة بالاقالة ـ انتهى .

اذا تقايل المتبايعان بعد رضى الشفيع بالشراء بعفوه عن الشفعة لم تتجدد له بالاقالة عندنا كماتقدم في خاتمة البيع لانها ليست بيعاً مطلقاً في حق الشفيع ولافي غيره كما لاتتجدد لـه بالرد بالعيب لوكان قد رضى بالشراء أيضاً ومن قال انها بيع مطلقاً كأبي حنيفة أوفي حق الشفيع قال: انها تتجدد بها، وقدحكى عن أبي حنيفة انها أيضاً تتجدد بالرد بالعيب أيضاً ـ انتهى .

أقول : واضح ان الاقالة ليست بيعاً مطلقاً ولا في الجملة فانهما مفهومان ولادليل علـى ان أحدهما هو الاخر، بل الاقالـة ابطال بينما البيع عقد، وان اريد انها تفيد أثره فالجواب انه لادليل على ذلك لاعرفاً ولا شرعاً فان الشارع لم‌يتصرف في الاقالة بمثل هذا التصرف، وقد ذكرنا غيرمرة ان الموضوعات مأخوذة من العرف الا ان يزيد الشارع أوينقص فيها .

(مسألة -١٠-) قال في الشرائع: ولو باع المشتري كان للشفيع فسخ البيع والاخذ من المشتري الاول، وله ان يأخذ من الثاني .

وفي الجواهر بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، بل ولا اشكال لان كلا منهما سبب تام في ثبوت الشفعة فالتعيين الى اختياره (الى ان قال) : وكذا لو زادت العقود على الاثنين فان أخذ بالشراء الاول دفع الثمن وبطل المتأخر مطلقاً، وان أخذ بالاخير أخذ بثمنه وصح السابق مطلقاً لان الرضا به يستلزم الرضا بماسبق عليه، وان أخذ بالمتوسط أخذ بثمنه وصح ماتقدمه وبطل ماتأخر عنه - انتهى .

لكن يجب ان يقيد ذلك بأحد قيدين، أما ان يبيع المشتري الى انسان واحد ، وأما ان نقول بالشفعة حتى في الشركاء المتعددين ، اذ بدونهما لا وجه لاخذ الشفيع من الوسط، أو الاخير بعد رضاه بالبيع الاول الذي سبب تعدد الشركاء كماهو واضح .

ومماتقدم يعرف وجه المثال الذي ذكره الجواهر وغيره تبعاً للقواعد بانه لو باعه المشتري بعشرة فباعه الاخر بعشرين فباعه الاخر أيضاً بثلاثين فان أخذ من الاول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين ، والثاني على الاول بعشرين، لان الشقص يؤخذ من الثالث، وقد انفسخ عقده، وكذا الثاني ولوأخذ من الثاني صح الاول ، ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين ولو أخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين، كماهو واضح .

ولايخفى ان التقييد بأحد القيدين السابقين يأتي في كل مرتبة من المراتب في العقود المتعددة الواردة على المبيع لوحدة الملاك في جميع المراتب .

ولايخفى ان قول الجواهر : بعد ذلك لايبعد القول بعدم أثر لقوله

فسخت متقدماً على الشفعة لعدم الدليل عليه ، بل لايبعد بطلان الشفعة حينئذ بناءاً على منافاة مثل ذلك لفوريتها كما تسمعه من بعضهم في مثل ذلك - انتهى. محل نظر فانه وان كان قوله السابق تاماً ، اذ لادليل على انه يلزم أن يقول: فسخت بل ظاهر الادلة أن له الاخذ بالشفعة فقط ، وهو الذي لم يغيره الشارع الا ان قوله بعد ذلك ان مثل فسخت متقدماً على الاخذ بالشفعة لايبعد بطلان الشفعة به ، غير ظاهر الوجه ، اذ كون الفورية حتى عند القائل بها الى هذا الحد بعيد جداً الا عند نادر ، كما سيأتي الكلام فيه ، انشاء الله تعالى .

(مسألة ـ ١١ ـ) قال في الشرائع : لو وقفه المشتري أو جعله مسجداً فللشفيع ازالة ذلك كله ، وأخذه بالشفعة .

وفي الجواهر : بلاخلاف أجده فيه بيننا ، بل ولااشكال لسبق حقه .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة: ولو وقفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه ، فللشفيع ابطال ذلك كله ، قال :كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضة وهو قضية اطلاق الدروس واللمعة والكفاية والمفاتيح . وفي المبسوط الأجماع على انه له نقض المسجد ان كان قد بناه مسجداً لو أخذه بالشفعة، واقتصر في الخلاف والشرائع على ابطال وقفه اذا جعله مسجداً ، ولم يذكرا الهبة .

وفي المسالك : وان كان التصرف ممالايثبت فيه الشفعة كالوقف والهبة والاجارة فللشفيع نقضه وأخذ الشقص بالشفعة لسبق حقه .

وكذا لو وقفه أو جعله مسجداً ، وقد أشار بذلك الى خلاف بعض العامة حيث حكم بعدم نقض الوقف وآخرين حيث حكموا ببطلان تصرف المشتري وضعف الكل ظاهر ـ انتهى كلام المسالك .

وكأن هذا العامي لاحظ ان الوقف يكون لله سبحانه وتعالى ، فيشمله ما دل على انه لارجعة فيه .

لكن لايخفى أن تقدم حق الشفيع ، واطلاق أدلته يقتضي ان حال الوقف حال غيره .

ومما تقدم ظهر حال الهبة لازمة كانت أو جائزة معوضة أو غير معوضة لذي رحم أم لا ؟ الى غير ذلك من أقسام الهبة حيث ان للشفيع أن يبطل كل

تلك ويأخذ بالشفعة ، لان حق الشفعة مقدم على حق الهبة ، وقد تقدم عبارة القواعد ، ونقل مفتاح الكرامة القول المذكور عن غير واحد .

ولذا قال في الجواهر : ومما ذكرنا يظهر لك الحال فيما لو كان قد وهبه المشتري بعوض أو غير عوض هبة جائزة أو لازمة ضرورة كونه كغيره من التصرفات التي للشفيع فسخها والاخذ من المشتري بالثمن الذي أخذ به فيملكه هو حينئذ دون الموهوب الذي قد انفسخت هبته وصار الدرك على الواهب الذي هو المشتري لامتناع صحة الهبة مع ذلك ـ انتهى .

وكذا لافرق بين أن يكون الموهوب له الشفيع أو البائع أو غيرهما لاطلاق الدليل المتقدم .

نعم ، لو أجاز الشفيع هبة دون هبة مثلا ، أو عملا دون عمل ، فان كان ما فعله المشتري هو ذلك العمل المجاز لم يحق للشفيع الاخذ بالشفعة لانه أسقط شفعته في هذه الصورة .

أما اذا كان العمل غير المجاز فالشفيع باق على شفعته مثلا ، قال : انك لو وهبت الى زيد لاآخذ بالشفعة ، وان وهبت الى عمرو أو غير زيد مثلا ، أخذت بها ، فانه اذا وهبه سواء سابقاً أو لاحقاً على كلام الشفيع الى من أجاز فقد أسقط الشفيع شفعته ان لم يكن كلامه من باب الوعد ، والا فالوعد غير لازم الوفاء ، وكذلك فيما اذا أجاز الشفيع مطلقاً ، لكن كان من باب اشتباه الداعي بأن أجاز هبة المشتري لزيد بظن ان زيداً صديقه فتبين انه عدوه ، فان الاجازة نافذة حيث ان تخلف الداعي لايوجب تخلف العقد ونحوه، وكذلك اذا أجاز بقيد ، فانه اذا حصل القيد سقطت شفعته ، والا فلاسواء كان قيداً أو وصفاً ، مثلا قال : اذا وهبت لانسان عالم فلابأس ، فانه اذا وهبه لانسان غير

عالم كان له الحق في الاخذ، وهكذا لو كانت الاجازة للهبة مقيدة بوصف أن يجيء فلان بعد الهبة أو نحو ذلك، والجامع ان الهبة قد تكون مقيدة ، وقد تكون مطلقة ، وكذلك غير الهبة .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كلام القواعد حيث قال: ولو وقفه المشتري أو جعله مسجداً أو وهبه فللشفيع ابطال ذلك كله والثمن للواهب ان يأخذه ان لم تكن لازمة والا فاشكال ، فان قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضاً والا تخير بينه وبين الثمن ــ انتهى .

اذ قد عرفت انه لافرق بين الهبة اللازمة والهبة الجائزة ، وماذكره في مفتاح الكرامة توجيهاً لكلام العلامة لايخفى مافيه قال : لنا أن نقول : بعدعدم الجزم بصحة العقد ينبغي أن نجري على القواعد ، وان نقتصر في الابطال على محل الحاجة ومايجمع به بين الحقين ، ففي الوقف لابد من ابطاله بالكلية والابطال في غيره كالبيع والهبة ابطال اختصاص المشتري الثاني والمتهب بالعين لاالثمن والفائدة في المتهب واضحة ، وتظهر الفائدة في البيع فيما اذا كان اشترى الشقص بعشرين وباعه بعشرة، ثم فسخ الشفيع، فان العشرين تكون للمشتري الثاني والمتهب ، كما يأتي وكلام الجماعة ماعدا المصنف هنا وفي التحرير لايأبى ذلك ــ انتهى .

اذ بعد بطلان الهبة لاوجه أن يكون الثمن للمتهب ، ولاوجه لفرقه بين الوقف و الهبة ، فانه اذا بطل الوقف أيضاً يكون الثمن للواقف ، لا أن يكون الثمن للموقوف عليه في الوقف الخاص .

ولذا قال في الجواهر : ان ذلك لايتم الا على تقدير كون الاخذ بالشفعة

غير مبطل للهبة ، وقد عرفت سابقاً ان الاخذ انما يكون بالبيع السابق الذي يمتنع معه الحكم بصحة التصرف اللاحق ، كما اعترف به هو سابقاً في البيوع المترتبة ، مضافاً الى معلومية منافاة كون الاخذ من المشتري والدرك عليه ببقاء الهبة وثبوت ملك المتهب ، ثم قال: ومن ذلك يظهر لك ضعف ما فرعه الفاضل بقوله : فان الى آخره الذي معناه انه ان قلنا بكون الثمن للواهب ، فان كان المتهب قد دفع عوضاً للهبة فقد فات المعوض فيرجع به، وان قلنا بأنه للمتهب تخير بين العوض بأن يفسخ الهبة لفوات العين فيرجع به وبين بقائها فيأخذ الثمن ، وانه حقه اذ الفرض لزومها من طرف الواهب الا ان ذلك كله كما ترى - انتهى .

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما حكى عن التذكرة والايضاح ، ومثله عن الحواشي ان المنقول ان الهبة ان كانت لازمة يكون الثمن للموهوب له مطلقاً.

وكذا اذا تصرف لانها قد صارت لازمة ، ولذا كان المحكى عن جامع المقاصد انه ليس بشيء ، وان الأصح ان الهبة تبطل في الموضعين ويرجع الامر كما كان ، لأن الشفيع انما يأخذ بالبيع الاول من المشتري والدرك عليه والثمن حق له وهذه حقوق للشفيع ثابتة تنافي بقاء الهبة، وهذا الاشكال ضعيف جداً - انتهى . كلام جامع المقاصد .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام مفتاح الكرامة على جامع المقاصد حيث قال : ليس هناك الا حق واحد وهو كون الدرك عليه ، وقد جعله مستمسكاً في هذه المقامات مع انه يمكن أن يقال : ان الشارع أثبته له عليه عقوبة ، كما أثبت له الاخذ منه قهراً ، حيث لم يستأذنه ولم يستأمره ، أو لم يسأل ويستفصل والا فقد يقضي الاخذ منه قهراً أن يكون الدرك على البائع - انتهى .

اذ الامكان الذي ذكره لايمكن أن يكون وجهاً لضعف كلام جامع المقاصد وأي دليل على ان الشارع أثبته له عليه عقوبة .

ولذا قال في الجواهر : ان دعوى احتمال كون الدرك عقوبة للمشتري ، وان لم يعد الملك له والتجزي بالنسبة الى الاحكام لاينبغي أن يصغي اليها، اذ هي مجرد تهجس في مقابلة الادلة الشرعية .

ثم انه لو قال الشفيع : اني جوزت الهبة ، لكن الى غير زيد المتهب ، أو اني جوزت الانتقال الى زيد ، لكن لا بعنوان الهبة بطلت الهبة لعدم الانفكاك بين الامرين ، ولايكون ذلك حجة على الشفيع في أن يهبه الواهب مرة ثانية الى غير زيد ، أو يبيعه الى زيد مثلا ، لان ماوقع لم يمض ، ومايقع لم يجزه الشفيع .

ولو قال الشفيع : أجزت الهبة أوالبيع أوالوقف أوماأشبه ، ثم قال بعد ذلك : ظننت ان الهبة لزيد ، بينماأنت وهبتهالعمرو، أوظننت ان البيع كذلك، أوظننت انالوقف مسجد ،ثم تبين انهحسينية،فهل يسمع قوله : لانه مالا يعرف الامن قبله أولايسمع لانه ادعاء للابطال بعد الاجازة ، كمااذا باع البائع ثمقال: ظننت ان المشتري زيد فتبين عمرو، فان اصالة الصحة محكمة ، الظاهر الثاني لكن له حق اقامة الدعوى باتيان البينة ، فان لم تكن له حق له احلاف الطرف أي المشتري فيكفي حلفه حتى على عدم العلم .

ثم ان الشرائع قال : والشفيع يأخذ من المشتري ودركه عليه ، ولايأخذ من البائع ، لكن لو طالب والشقص في يد البائع قيل له خذه من البائع ، أودعه ولايكلف المشتري القبض من البائع مع امتناعه، ولو التمس ذلك الشفيع ويقوم قبض الشفيع مقام قبضه ، ويكون الدرك مع ذلك على المشتري ، وليس

للشفيع فسخ البيع ، ولونوى الفسخ والاخذ من البائع لم يصح ـ انتهى .

ووجه الكل واضح، وقد ادعى في الجواهر عدم الخلاف مكرراً في الفروع المذكورة .

قال في المسالك : انما كان أخذه من المشتري لانه يأخذ بالثمن، ويشترط في استحقاقه صحة البيع فينقطع ملكية البائع له ، ومتى كان كذلك فدركه على المشتري ، ولو ظهر استحقاق الشقص يرجع عليه بالثمن وغيره مما يغرمه على ما فصل ، ولكن لو كان المشتري لم يقبضه من البائع لم يكلف أخذه منه، ثم اقباضه للشفيع ، لان الغرض قبضه وهو حاصل بدون ذلك ، ولان الشقص حق للشفيع، فحيث ماوجده أخذه وقبض الشفيع كقبض المشتري لانتقال الحق اليه ، فلاوجه لتكليف المشتري أمراً لايفوت بعدمه حق الشفيع .

وعلى كل حال ، فيبقى الدرك على المشتري لما تقرر من أخذه منه ،ونبه بذلك على خلاف بعض العامة حيث أوجب على المشتري قبضه من البائع وانضاضه نظراً الى ان الشفيع بمنزلة المشتري من المشتري وهو ممنوع ، وانما له أخذ حقه ممن وجده بيده وثبوت دركه على المشتري لانتقال الملك عنه كما ذكر ـ انتهى .

أما اذا كان بيد البائع فقال : أسلمه الى المشتري فخذه منه ، فالظاهر انه لاحق له ، اذ الملك قد أصبح للشفيع فلا يجوز للبائع التصرف فيه ، ولو بتسليمه الى المشتري بدون اذنه ، كما انه اذا عصى البائع من تسليمه الى الشفيع ، فالظاهر ان المشتري هو المكلف بتحصيله وأعطائه الى الشفيع ، لان من يدخل الثمن في كيسه هو المكلف باعطاء المثمن الى مالك الثمن.

وبذلك يظهر وجه النظر في ما ذكره الجواهر حيث قال : بل لعل المتجه

عدم التزام المشتري بتحصيله من البائع لو فرض عصيانه به ، اذ لم يعرف وجه الاتجاه المذكور بعد ما عرفت من انه مقتضي القاعدة ، كما ان قول الجواهر بعد ذلك وليس للشفيع منع الثمن الذي رضي المشتري ببقائه في ذمته عند أخذه بالشفعة عليه، حتى يسلمه الشقص لعدم المعاوضة بينهما الموجبة للتقابض ـ انتهى.

غير ظاهر الوجه ، اذ قد عرفت في السابق ان مقتضى القاعدة التقابض فلا أولية لاعطاء أحدهما قبل الاخر .

أما قول الشرائع أخيراً : وليس الى آخره ، فقد ذكر في المسالك تعليلا له بقوله : لأن العقد لم يقع معه، فلا وجه لتسلطه على فسخه بغير سبب شرعي يوجبه وحقه منحصر في الاخذ من المشتري .

وعلى هذا فلو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفعته باشتغاله بما ينافي الفورية ، ولو نوى بأخذه بالشفعة الفسخ وأخذه من البائع لم يصح الاخذ لانه محال شرعاً فلا يؤثر نيته ، كما لو نوى أخذه من الاجنبي ومبطل للشفعة لمنافاته للفورية أيضاً حيث لايكون معذوراً في ذلك ، وكما لايصح فسخه من نفسه لا يصح بالاتفاق بينه وبين البائع بالاقالة وغيرها لاشتراكهما في المقتضى ـ انتهى .

ولايخفى مافيه ، اذ قد تقدم انه حتى على القول بالفورية، لايقال بالفورية بمثل هذا القدر ، ولهذا قال في الجواهر : معرضاً بالمسالك ، بل قيل لو اشتغل بالفسخ بعد علمه بالحال بطلت شفعته لمنافات مثله للفورية ، وان كان فيه ما فيه ـ انتهى .

ثم انه حيث عرفت في [كتاب البيع] ان المعاملة بين الشيئين ولاخصوصية للطرفين، فان البيع ليس كالنكاح الركنان فيه هما الزوجين، بل في المقام الركنان

هماالعوض والمعوض فلاأهمية لتصور الشفيع انه يتلقى الملك من البائع ، أومن المشتري ، اذ المهم ان الثمن يكون في قبال الشقص ، وعليه فاذا تصور الغلط لم يضر ذلك بشفعته ، وان نوى ذلك، لان نية كون البائع زيداً أوعمرواً لايؤثر في صحة البيع .

نعم لو كان على وجه التقييد لم يصح ، وكانه لذا قال في الجواهر : ومن ذلك يعلم ان المعتبر في الشفعة قصد تملك الشقص بالثمن من دون ملاحظة كونه من المشتري أو البائع ، وان كان هو شرعاً ينتقل اليه من المشتري فتأمل جيداً فانه ربما دق ـ انتهى .

أما قول الشرائع المتقدم : بـانه لم يصح فالظاهر ان مراده ما ذكره في الجواهرحيث قال : ولعل ذلك غير مناف لما في المتن ، وغيره من عدم صحة ذلك لو نواه ضرورة ارادة عدم ترتب أثر لذلك عليه لاان أخذه بالشفعة حينئذ باطل ـ انتهى .

اذ لاوجه للبطلان كما عرفت ، فاللازم ان يحمل كلامه وكلام غيره على ما ذكرناه من عدم ترتب أثر على مثل هذه النية ، سواء كان الشقص في يد البائع وقبضه الشفيع من يده أو كان في يد المشتري ، أو فـي يد ثالث ، اذ لايختلف الحال في كل ذلك لاطلاق الادلة .

(مسألة ـ ١٢ ـ) قال في الشرائع : ولو انهدم المبيع أو عاب ، فان كان بغير فعل المشتري أو بفعله قبل مطالبة الشفيع ، فهـو بالخيار بين الاخذ بكل الثمن أو الترك .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولوانهدم أو تعيب بفعل المشتري قبل المطالبة أو بغير فعلـه مطلقاً تخير الشفيع بين الاخذ بـالجميع أو الترك ـ انتهى .

اقول : انه اذا تعيب الشقص أواستهدم قبل المطالبة، ففي صريح المبسوط وجامع الشرائع على تفصيل والكافي والغنية والسرائـر والشرائع والارشاد والمختلف والمسالك ، وكذلك التذكرة بقرينة العنوان والاطلاق والـدروس بقرينة الاطلاق ان الشفيع بالخيار بين الاخذ بالثمن ، وبين الترك ، وفي الغنية الاجماع عليه ، وفي المسالك والكفاية والمفاتيح انه مشهور ، وفي الرياض انه الاشهر لانه تصرف فـي ملكه تصرفاً سابقاً فلا يكون مضمـوناً عليه والفائت لا يقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئاً ،كما لوتعيب في يد البائع ، فان المشتري يتخير بين الفسخ والامضاء بجميع الثمن ـ انتهى .

ومنه يعلم أولوية ما اذاكان الانهدام والتعيب بآفة سماوية ونحوها من غير مدخلية لانسان فيه ،وفي الجواهر بعد نقله الاجماع عن الغنية قال : وهوالحجة ويدل عليه بالاضافة الى اطلاق حسن الغنوي[1] المتقدم (فهو أحق بها من غيره بالثمن) فانه يشمل مـا اذا تعيب أو انهدم أو غيرهما،مرسل[2] ابن محبوب قال : كتبت الى الفقيه عليه السلام في رجل اشترى من رجل نصف دار مشاع غير مقسوم ،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ من الشفعة ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

وكان شريكه الذي له النصف الاخر غائباً فلما قبضها وتحول عنها تهدمت الدار وجاء سيل خارق (جارف) فهدمها وذهب بها جاء شريكه الغائب فطلب الشفعة من هذا فأعطاه الشفعة على ان يعطيه ما له كملا الذي نقد في ثمنها فقال له : ضع عني قيمة البناء فان البناء قد تهدم وذهب به السيل ما الذي يجب في ذلك ؟ فوقع عليه السلام : ليس له الا الشراء والبيع الاول انشاء الله .

وفي قبال هذا القول الذي هو المشهور قول النافع بالضمان ، كما استظهر من عبارته وتبعه جامع المقاصد فقال في محكى كلامه: ان فيه نظراً، لان المشتري وان تصرف في ملكه الا ان حق الشفيع قد تعلق به فيكون ما فات منه محسوباً عليه ، كما يحسب عليه عين المبيع ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجنى على ملكه اذا تعلق به حق الغير ، كالرهن اذا جنى عليه الراهن ، وقدسبق في[كتاب البيع] وجوب الارش على البائع اذا تعيب المبيع في يده ، فينبغي ان يكون هنا كذلك ، وقد نبه عليه في التذكرة ـ انتهى .

ويرد الاستدلال بالروايتين[(١)] بأن ثانيهما فى الانهدام لاتصرف المشتري وأولهما منصرف الى ماكان صحيحاً ، كما أخذه ولامانع من الفرق بين التعيب بآفة سماوية وبسبب المشتري اذاكان هنالك دليل فارق بين المقامين ، ولعل هذا الفرق هو ظاهر الخلاف أيضاً ، فانه قال في مفتاح الكرامة نقلا عنه : ان اصابها هدم أوغرق أوما أشبه ذلك، فانكان ذلك بأمر سماوي فالشفيع بالخيار بين ان يأخذ بجميع الثمن ، أويترك ، وانكان ذلك بفعل آدمي كان له ان يأخذ العرصة بقيمتها من الثمن ، ولذاعلق على كلام الخلاف الجواهربعد نقله بقوله: بناءاً على شمول الادمي للمشتري فيه .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

وعلى هذا فمقتضى القاعدة ماذكره جامع المقاصد تبعاً للشيخ ، وقد ذكر الرهن والارش للاستيناس ، ولذا قال ولااستبعاد ، لكن لافرق بين ان يكون فعل المشتري قبل المطالبة ، أوبعدها ، وأحق بالثمن في الرواية منصرف الى عدم تصرفه ، كما ان المرسل خاص بالتلف السماوي ، وبعد الدليل لامجال لاصالة عدم الضمان .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال :لايخفى عليك مافي كلام جامع المقاصد من منافاته لما سمعت من المرسل[1] المنجبر بما عرفت والاجماع المحكى المؤيد بالحسن المزبور واصالة عدم الضمان التي منها يعلم الفرق بين المقام ، وبين المبيع في يدالبائع المعلوم ضمانه عليه بدليله ، بل يمكن دعوى اجماع الاصحاب على خلافه في الجملة ، الى ان قال : والشيخ مع انه لم يفرق بين المطالبة وغيرها يمكن ان يكون مراده عدم دخول الانقاض بالشفعة وصيرورتها منقولة حينئذ بالانهدام فيأخذ العرصة حينئذ خاصة بما يخصها من الثمن ـ انتهى .

بل ظاهر المسالك الميل الى هذا القول فانه قال في صور التعيب والانهدام أحدها ان يكون ذلك بفعل المشتري قبل مطالبة الشفيع بالشفعة ، ولايحصل معه تلف شيء من العين بأن ينشق الجدار أوينكسر الجذع أونحو ذلك ، فالشفيع بالخيار بين الاخذ بكل الثمن ، وبين الترك ،لان المشتري انما تصرف في ملكه تصرفاً سائغاً فلا يكون مضموناً عليه والفائت لايقابل بشيء من الثمن فلا يستحق الشفيع في مقابلته شيئاً كما لو تعيب في يد البائع ، فان المشتري

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٩ ح ١ .

يتخير بين الفسخ وبين الاخذ بجميع الثمن ، هذا هو المشهور، وربما قيل بضمانه على المشتري لتعلق حق الشفيع به فيضمنه المشتري ، وان كان ملكه كما يضمن الراهن الرهن اذ جنى عليه ـ انتهى .

فان نقله قيل بدون اعتراض عليه ظاهر في ميله ، بالاضافة الى انه نسب القول بعدم الضمان الى المشهور مما يدل على ان غير المشهور ذهبوا الى الضمان ، فكيف يمكن دعوى الجواهر الاجماع في الجملة ، كما تقدم في كلامه بل لايبعد ان يكون الحكم كذلك في الترقي والتنزل السوقيين حيث ان قوله عليه السلام: بالثمن[(١)] ونحوه منصرف الى بقاء السوق ، فان الاعتبار في الامور المالية ليس بالحجم ، بل بالواقع وانما الحجم واسطة فقط ، كما ذكرنا مثل ذلك في باب : [المهر، والوصية ، والوقف ، والدين] وغيرها في كتبها ، وفي كتاب [الفقه ـ الاقتصاد] بصورة خاصة ، فاذا اشتراه المشتري بمائة ، وكان المائة القيمة السوقية ، ثم ارتفعت الى المائتين وجب على الشفيع أعطاء المائتين ، ولو انخفضت القيمة الى خمسين لم يلزم على الشفيع الاعطاء الخمسين ، فان المائتين في الصورة الاولى ، والخمسين في الصورة الثانية ، بقدر المائة عرفاً بعد ماعرفت من عدم الاعتبار بالحجم في الامور المالية ، لكني لم أجد من ذكره هنا: وقد ذكرنا في[كتاب الغصب] بعض تفصيل الكلام في ذلك مما يؤيده بعض المؤيدات في الروايات[(٢)] .

ومما تقدم يعلم انه اذا كان الخراب بفعل الاجنبي أخذ الشفيع بحصته من

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

(٢) انظر : سنن ابن ماجة : ص ٧٨٢ ح ٢٣٣٤ والسنن الكبرى : ج ٦ ص ٩٦ باب رد قيمة المغصوب .

الثمن ، ويكون التفاوت للمشتري على الهادم لانه هدم ملك المشتري كماذكروا في ان النماء للمشتري فاحتمال انـه يعطي الشفيع كل الثمن ويرجع بالتفاوت على الهادم لتعلق حقه به، فالهدم وقع في متعلق حقه غيرظاهرالوجه من غيرفرق في ذلك بين فعل الأجنبي الهدم قبل مطالبة الشفيع أو بعد مطالبته ، لكن قبل الاخذ بالشفعة .

أما اذا هدم بعد الاخذ بالشفعة فهو فائت من ملك الشفيع فعليه أن يعطي كل الثمن للمشتري، وان يأخذ التفاوت من الهادم .

نعم اذا لم يكن الهدم ضاراً بالقيمة فلاشيء، لا للشفيع في الصورة الثانية ولاللمشتري في الصورة الاولى، كما اذا كانت غرفة زائدة ممالم يكن لوجودها أوعدمها أي أثر ، فان الهدم لايوجب شيئاً على الهادم الا المعصيـة ولوسبب الهدم زيادة القيمة فرضاً، فالظاهر ان الشفيـع يلزم عليه اعطاء الزائد لماعرفت في مسألة زيادة القيمة السوقية ـ فتأمل .

ثم ان الشرائع قال ممزوجاً مع الجواهـر : وعلى كل حال ، فالانقاض للشفيع باقية كانت في المبيع أومنقولة عنه بلاخلاف فيـه أجده بيننا ، بل في المسالك مايشعر بالاجماع عليه لتعلق الحق بها غيرمنقولـة ، لان لها نصيباً من الثمن الذي يأخذ به الشفيع فلايلزم بدفع الثمن لماعداها لمافيه من الضرر ، ودفع مايخص العرصة خاصة مناف لقولـه عليه السلام : فهو أحق بها بالثمن، فتأمل جيداً ومراده بأشعار المسالك ماذكره في قوله:[1] وفي الصورتين أي صورة كون الهدم بفعل المشتري ، وصورة ماكان بغير فعلـه لوكان أجزائـه قد انفصلت بالانهدام، فالانقاض وهي آلات البناء من الخشب والحجارة للشفيع عندنا ،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

وان كانت الان منقولة لانها جزء من المبيع، وقد كانت مثبتة حال البيع والشفعة متعلقة بها تبعاً فيستصحب وخالف في ذلك بعض الشافعية فجعلها للمشتري بخروجها عن متعلق الشفعة، وفي أخذ الباقي بحصته من الثمن أو بجميعه لهم وجهان ـ انتهى.

فان قوله: عندنا، وذكر بعض الشافعية في مقابل ذلك يعطي الاجماع الذي ذكره الجواهر، كما هو واضح .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة : والانقاض للشفيع ، وان كانت منقولة قال: صرّح بذلك في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان وغيرها ـ انتهى .

ومما تقدم ظهرت الصور التسع للمسألة بما اذا زادت العرصة بالهدم أو نقصت أو بقيت على نفس القيمة، كل ذلك مضروباً فيما اذا زادت الانقاض في قيمتها بسبب النقض أو نقصت أو بقيمت على قيمتها السابقة فلا حاجة الى تفصيل الكلام في كل صورة صوره .

ثم ان الشرائع قال : وان كان العيب بفعل المشتري بعد المطالبة (أي بالشفعة) ضمنها المشتري ، وقيل لا يضمنها لانه لا يملك بنفس المطالبة، بل بالاخذ والاول أشبه ـ انتهى .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة (وان كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري على رأى) : هو خيرة الكافي والغنية والسرائر والشرائع والنافع وجامع الشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده والمختلف والدروس وجامع المقاصد والمسالك والمفاتيح ، وفي المختلف وجامع المقاصد والرياض انه المشهور، وفي المسالك والكفاية انه أشهر، وفي الغنية

الاجماع عليه مع التقييد فيها وفي الكافي والسرائر بالعلم بالمطالبة ، ولايفهم من التذكرة في ذلك شيء - انتهى .

ولذا نسبه الجواهر الى المشهور أيضاً ، ثم ان القول الثاني نسبه جماعة كالمحقق والشهيد الثانيين والمفاتيح الى الشيخ ، وقال الشهيد الثاني : انه مذكور في المبسوط، ونسبه في الايضاح اليه في الخلاف ، لكن عبارتيه في الخلاف والمبسوط غامضة لاتدل على ذلك بالصراحة ، فانه قال في أولهما : فيماحكى عنه،ان كان ذلك بأمر سماوي، فالشفيع بالخيار بين ان يأخذ بجميع الثمن أو يترك ، وان كان بفعل آدمي كان له ان يأخذ العرصة بحصتها من الثمن .

وقال في المبسوط : اذا اشترى شقصاً فوجب للشفيع فيه الشفعة فأصابه نقص أو هدم قبل ان يأخذ الشفيع بالشفعة فهو بالخيار بين أن يأخذه ناقصاً بكل الثمن أو يدع ، سواء في ذلك كان هدمه المشتري أو غيره أو انهدم من غير فعل أحد، وكذلك ان احترق بعضها، أوكانت أرضاً فغرق بعضها فللشفيع ان يأخذ مابقى بجميع الثمن، أو يدع لانه ان هلك بأمر سماوي فمافرط فيه، وان هدمه هو فانما هدم ملك نفسه ، واذا أخذه بالشفعة أخذ مااتصل به ، وما انفصل عنه من آلاته لانه جميع المبيع ، وقيل انه بالخيار بين ان يأخذ الموجود بمايخصه من الثمن أويدع، والذي يقوى في نفسي انها اذا انهدمت وكانت آلاتها باقية فانه يأخذها وآلاتها بجميع الثمن أو يتركها ، وانكان قد استعمل آلاتها المشتري أخذ العرصة بالقيمة ، وان احترقت أخذ العرصة بجميع الثمن، أويترك، بل ولايدل على ذلك عبارته في النهاية أيضاً، فانه قال في محكيه والغائب اذا قدم وطالب بالشفعة كان له ذلك ووجب عليه أن يرد

مثل ماوزن من الثمن من غير زيادة ولانقصان ، فان كان المبيع قد هلك بآفة من جهة الله أو من جهة غير جهة المشتري أو هلك بعضه بشيء من ذلك لم يكن له أن ينقص من الثمن بمقدار ماهلك من المبيع ولزمه توفية الثمن على الكمال، فان امتنع من ذلك بطلت شفعته ـ انتهى .

وأنت ترى عدم ظهور هذه العبارات فيمانسب اليه ولذا قال في الجواهر بعد نقله عبارة المبسوط. ولعل نسبة الخلاف اليه باعتبار عدم ذكر المطالبة ، بل جعل العنوان عدم أخذ الشفيع بالشفعة طالب أو لم يطالب ، فبناءاً على ارادة غير الاخذ من المطالبة في كلامهم يكون مخالفاً والا فلا حتى لوقيل بالملك بها دونه ضرورة كونه خلافاً فيما يحصل به الملك والا فالمفروض في كلامه قبل حصول الملك للشفيع ـ انتهى .

وكيف كان فمقتضى القاعدة ان المشتري ضامن مطلقاً في هذه الصورة ، وفي غيرها الا اذا كان التلف بآفة سماوية للرواية(١) المتقدمة المخصصة للقاعدة، ويظهر من الحدائق التردد في هذه المسألة حيث انه نقل القولين بلاتعليق فقال بعد ذكر ان للمسألة صوراً ثانيها ان يكون ذلك بفعل المشتري بعد المطالبة بالشفعة والمشهور انه يضمن النقص بمعنى سقوط ماقابله من الثمن، لان الشفيع قد استحق أخذ المبيع كاملا بالمطالبة وتعلق حقه به، فاذا نقص بفعل المشتري ضمنه له وقيل بعدم الضمان وهو ظاهر الشيخ في المبسوط استناداً الى ان الشفيع لايملك بالمطالبة، بل يملك الاخذ فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفاً سائغاً فلايتعقبه الضمان ، ورد بأن التصرف في الملك لاينافي ضمانه كتصرف

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

الراهن ، وهذا منه لاشتراكهما في تعلق حق بالعين ـ انتهى .

وعلى ماذكرناه فلافرق بين أن يفوت شيء من العين ، أو ان لايفوت شيء مثل شق الجدار وكسرالجذع ونحو ذلك فانه مضمون على المشتري للقاعدة والخارج منها ماعرفت .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر: ان ظاهر كتب الشيخ عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف اذا كان بالافة وهو لايخلو من قوة ، بل لعل المرسل[1] المزبور دال على ذلك ، بل قد يقال : ان قوله عليه السلام : فيه ليس له، الى آخره، مطلق لايختص بخصوص مورد السؤال، فيشمل حينئذ صورة اتلاف المشتري أيضاً باحراق ونحوه، بل لعل قوله عليه السلام[2] : فهو أحق بها من غيره بالثمن يقتضي ذلك أيضاً ضرورة كون المراد منه بيان أحقية الشفيع من غيره بجميع الثمن تلف بعضه أولا ، وليس المراد منه بيان أحقيته في الكل بالكل ، وفي البعض بالبعض والا لجاز للشفيع التبعيض اختياراً وهو معلوم العدم ـ انتهى .

فان صورة الافة الخارجة عن عمل الانسان مستثناة بالدليل .

أمّا صورة عمل الانسان مشترياً كان أوغيره ، فاللازم أن ينقص من الثمن بقدره، سواء كان كتشقق الجذع، أوكذهاب بعض العين، ونقض الجواهر بأنه والا لجاز للشفيع، غيرظاهر الوجه ، لان اللازم العمل بمقتضى القاعدة ، كما ان استدلاله بأحق بها من غيره بالثمن، قدعرفت انه منصرف الى الكامل لاالى مانقص بعض أجزائه أوتعيب، ولذا علل في محكى الايضاح وجامع المقاصد الضمان بما يشمل جميع الصور بقولهما بأن الشفيع استحق بالمطالبة أخذالمبيع كاملا أوتعلّق حقّه به ، فاذا نقص بفعل المشتري ضمنه ، ومن الواضح انّ

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

الاستحقاق لافرق فيه بين المطالبة وقبلها ، ولذا جعل مفتاح الكرامة مقتضى القاعدة الضمان حيث قال: وكيف كان، ففي اجماع الغنية فيمانحن فيه المعتضد بالشهرة المعلومة و المنقولة وعمل من لايعمل الا بالقطعيات كأبي الصلاح وأبي المكارم وأبي عبدالله مع موافقة القواعد والاصل المؤيد باطلاق مادل على لزوم الاخذ بالشفعة بالثمن وندرة المخالف غنية وبلاغ ولك أن تقول: ان قواعد الشفعة انما هي أخذ جميع المبيع بجميع الثمن الا ماكان بدون تقصير من المشتري ولو بفعله ـ انتهى .

نعم استثنائه صورة غير تقصير المشتري غير ظاهر الوجه ، لان القاعدة تقتضي أن لايكون فرق بين تقصير المشتري وقصوره ، كما لافرق بين كونه مشترياً أوغير مشتري، فان غير المشتري اذا سبب الهدم أوالتعيب أوماأشبه يكون أيضاً ضامناً ، ويكون للشفيع أن يأخذ العين الموجودة ببعض الثمن حسب التقسيط .

ومما تقدم يعلم وجه النظر في قول الرياض ، حيث قال: ان الحكم بعدم الضمان على المشتري حيث توجه انما هو اذا لم يتلف من الشقص شيء يقابل بشيء من الثمن والا قيل ضمن بحصته من الثمن على الاشهر، قيل: لان ايجاب دفع الثمن في مقابلة بعض المبيع ظلم وفيه نظر، ولذا اطلق الحكم في العبارة هنا، وفي المبسوط وغيرهما ، ومع ذلك يدفعه اطلاق مامر من الخبر ـ انتهى.

ومراده باطلاق الخبر اطلاق المرسل[1] ،كما هو واضح .

وفيه اولا : ان الدليل ليس الظلم ، بل القاعدة الكلية .

وثانياً : ان الخبر ليس مطلقاً ،كما عرفت .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

(مسألة ـ ١٣ ـ) قال في الشرائع : لو غرس المشتري أو بنى فطالب الشفيع بحقه، فان رضى المشتري بقلع غراسه، أو بنائه فله ذلك ، وفي القواعد ولو بنى المشتري أو غرس بأن كان غائباً أو صغيراً أو طلب من الحاكم القسمة فللمشتري قلع غرسه وبنائه ، وقيده في المسالك بقوله : اذا غرس المشتري أو بنى في الشقص المشفوع ، ويتصور ذلك على وجه لايكون ظالماً به بأن قسمه من حق الشريك الذي هو الشفيع مع بقاء الشفعة ، أما بأن لم يعلمه بالشراء ، وأنما أظهر كونه وكيلا عن البائع في القسمة ، أو يكون المتولي هو البائع بالوكالة عن المشتري من غير ان يعلم الشفيع بالبيع أو لاخباره ان البيع بثمن فعفا ثم ظهر انه انقص أو بأن الملك انتقل بغير البيع ثم ظهر به أو يقاسمه وكيل الشفيع فيما يدخل فيه ذلك من غير ان يعلم ، أو مع العلم ، وظن ان الحظ في ترك الاخذ فظهر ان الحظ في الاخذ ، أو بأن يكون الشفيع غائباً وطلب المشتري من الحاكم القسمة، أو نحو ذلك فيبني ويغرس ، ثم يعلم الشفيع أو يحضر فيأخذ بالشفعة فللمشتري حينئذ قلع غرسه ، وبنائه لانه ملكه، وتبعه في الجواهر فقيد كلام الشرائع المتقدم بقوله : على وجه لايكون ظالماً في ذلك بأن قسمه مع الشفيع غير مخبر له بالشراء ، بل باظهار الوكالة عن البائع فيها أو بغير ذلك ، والظاهر انه لاوجه لهذا القيد ، اذ لايكون الانسان ظالماً فيما اذا تصرف في ملكه ، وان كان الملك معرضاً للزوال ، فان للشفيع الحق في ان يملك لا الحق في الملك ، ومن الواضح الفرق بينهما فأي ظلم من المشتري فيما اذا تصرف في ملكه .

وكيف كان ، فمراد الجواهر وغيره من فطالب الشفيع بحقه انه أخذ بالشفعة، والافمجرد المطالبة بدون الاخذ بالشفعة لاينفع في الانتقال الى الشفيع.

وعلى أي حال ، فان رضي المشتري بقلع غراسه ، أو بنائه فله ذلك ، وفي الجواهر تبعاً لمفتاح الكرامة بلا خلاف أجده فيه ، ثم قال الجواهر :من غير حاجة الى استيذان الشفيع، وان صارت الأرض ملكاً له، اذ هو ملكه وله ازالته عن المكان المزبور ، بل هو كتفريغ المبيع للمشتري ـ انتهى .

لكن فيه نظر، اذ قوله : هو ملكه، وان كان تاماً الا ان الملكين اذا اختلطا لايكون لاحدهما التصرف في ملك الآخر بغير اجازته فقوله ، اذ هو ملكه (الخ) غير ظاهر الوجه ، وكذا الحال في المقيس عليه ، فانه اذا باع الدار وسلمها للمشتري فانه لايحق له دخولها ولو لاجل أخذ اثاثه منها ، بل يكون حال المقام حال ما اذا هبت الريح فالقت نواة انسان في دار انسان آخر أو بستانه فنبتت ، فانه لايحق له ان يدخل ملك غيره بحجة ان الشجرة ملكه وهو يريد قلعها ، وكذلك اذا ألقي ثوبه أو متاعه في دار الغير أو أرضه أو بستانه أو ما أشبه فانه لايحق له ذلك الا باجازة المالك .

ثم ان الشرائع قال : ولايجب اصلاح الارض ، أي لايجب على مالك البناء والشجر وهو المشتري ان يصلح الارض بأن يطم الحفر مثلا ، ونحو ذلك .

وقد قال بذلك في القواعد أيضاً ، قال : وليس عليه طم الحفر ، ويحتمل وجوبه لانه نقص دخل على ملك الشفيع بتخليص ملكه ، أما نقص الارض الحاصل بالغراس والبناء فانه غير مضمون لانه لم يصادف ملك الشفيع ـ انتهى كلام القواعد .

وفي مفتاح الكرامة عند قوله، وليس عليه طم الحفر، قال :كما في المبسوط

والشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة في أول كلامه .

ثم علله بانه لايضمن العيب الذي فعله قبل الطلب لانه انما تصرف في ملكه وما حدث فانما حدث فيه ، مما لايقابل بالثمن سهام الارض من نصف وثلث وربع ، وهكذا على ان في القلع مصلحة للشفيع ، لان فيه تفريغ الشقص لاجله - انتهى .

أما احتمال الوجوب الذي احتمله القواعد فهو محكى عن أبي علي ، وقال في مفتاح الكرامة : خيرة أبي علي قوي متين ، ان لم يقم اجماع على خلافه ، والظاهر عدمه وقد مال اليه ، أو قال به في مجمع البرهان ، واستظهر أيضاً انه يجب الارش على المشتري لوحصل في الأرض نقص بالقلع سواء طالبه الشفيع بالقلع أو كان الطالب له المشتري لما ذكر ، ولان الشفعة انما شرعت لدفع الضرر عن الشفيع وتجويز أمثال ذلك مناف اذ له حينئذ ان يكثر من البناء والغرس بحيث يستلزم قلع ذلك ان تكثر الحفر ويعظم الضرر الذي لايقدم عليه عاقل ثم قال نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة ثم أمر بالتأمل لان وجدانه لايغني من جوع نفسه ، فكيف يغني من جوع غيره - انتهى .

والظاهر ان أمره بالتأمل في موضعه . اذ الجهل وعدم الجهل بالشفعة لايسببان تغيير الحكم الذي هو لاضرر الشفيع المستفاد من النص والفتوى ، وعلى هذا فمقتضى القاعدة ان المشتري يخير بين البيع للشفيع بالقيمة ، وبين الهدم والقلع والطم في مثل البئر ورفع الاثار التي أوجبها الهدم والقلع والطم وذلك لان المستفاد من النص والفتوى ان الشارع لم يرد ضرر الشفيع بالشريك له ، والا لم يقرر الشفعة ، فان شاء الطرفان اشتراء الحادث فهو والا أجبر على الازالة .

أما جبر المشتري على أحد الامرين فلانهما طريق خلاص ملك الشفيع فهما في عرض واحد ، وأما اذا لم يرد الشفيع الاشتراء فلانه لاوجه لجبره ، وأما ان المشتري يجبر على الازالة فلوجوب تخليص ملك الغير .

لايقال : انه ضرر على المشتري ؟

لانه يقال: ان دليل الشفعة الذي انصرف منه لزوم تسليم الملك الى الشفيع بلا مانع أخص من دليل الضرر .

ومنه يعلم عدم وجه لجعل التعارض بين لاضرر المشتري ، ولا ضرر الشفيع ومنه يتبين وجه النظر في بعض كلام المختلف حيث قال في محكية المختار ان نقول لو اختار المشتري القلع كان له ذلك وعليه أرش ما نقص من الارض بذلك وطم الحفر لانه يطلب تخليص ملكه من ملك غيره قوله انه تصرف في ملكه قلنا انه ممنوع بل تصرف بالقلع في ملك الشفيع فكان عليه أرشه .

نعم تصرف بالغرس صادف ملكه ، فلم يكن عليه غرم من أجرة وغيرها، ولو اختار الشفيع القلع فالاقرب عدم وجوب الارش ، لان التفريط حصل من المشتري حيث غرس في أرض متزازلة الملك ، ولانه غرس في حق غيره بغير اذنه فأشبه ما لو بانت الارض مستحقة ، وقوله ﷺ[1] : لاضرر ولاضرار مشترك بين الشفيع والمشتري فلا يختص به أحدهما ـ انتهى .

اذ قد عرفت ان لاضرر ليس مشتركاً بين الشفيع والمشتري حكماً ، وان كان مشتركاً بينهما موضوعاً فلا ضرر الشفيع مقدم على ضرر المشتري ، فاذا قلع المشتري غرسه وبنائه وطم الحفر فهو والا كان للشفيع مراجعة الحاكم

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .

لاجل القلع والطم ، كما ان منه ظهر وجه الاشكال في تفصيل جامع المقاصد والمسالك فانهما قالا بالتفصيل في وجوب الطم عليه بين كون القلع منه ابتداءاً فيجب لان النقص قد حدث في ملك غيره بفعله لمصلحته من غير اذن من الغير فيجب اصلاحه ، وبين كونه لطالب الشفيع فلايجب ، لان طلبه القلع يتضمن الأذن في الحفر وليس هو كالغاصب لانه غير عاد بفعله .
بل حكاه أو لهما أيضاً عن صريح التذكرة ـ انتهى .

اذلاوجه للفرق المذكور ، فان الشفيع بطلبه القلع ونحوه ، انما يريد تخليص ملكه ، وليس اذناً في الهدم ، كما انه اذا طلب من مالك الدابة اخراج دابته ليس معنى ذلك انه لايحق له في طلب صاحب الدابة ببناء الحائط الذي أوجب اخراج الدابة لهدمه ، واذ قد عرفت ان مقتضى القاعدة ان المشتري ضامن ، فلافرق بين ان يدفع اليه الشفيع كل الثمن ويأخذ منه الارش ، أوان يدفع اليه التفاوت بين الثمن وبين الارش باخراج الارش من الثمن ثم اعطائه للمشتري.

ومنه يعلم ان قول الجواهر : وعلى كل حال فالاقوى الاول ، وفاقاً لمن عرفت ، بل في المسالك نسبته الى صريح الشيخ والاكثر للاصل السالم عن معارضة دليل معتد به يقتضي ذلك ، الى ان قال : وأما نقص الارض الحاصل بالغرس والبناء فغير مضمون عليه لما عرفت سابقاً في مسألة التعيب والانهدام الى ان قال : ان الارش الحاصل بالقلع لامدخلية له في الاخذ بكل الثمن ، بل هو غرامة حاصلة له بعد الشفعة بفعله في ملك غيره الذي قد أخذ منه بكل الثمن فتأمل جيداً ـ انتهى .

محل نظر ، والحاصل ان المشتري مأخوذ بكل نقص ، سواء حصل

بالغرس أو بالقلع ، وان كان غرسه في ملكه لماعرفت من ان الشارع أرادتسلم الشفيع لكل الشقص بقدر الثمن ،كما هو المنصرف من اطلاق الادلة خرج منه صورة تغير الشقص بغير اختيار كالسيل ونحوه كما تقدم في النص .

أما ماعدا ذلك فانه مضمون على الذي غير سواء كان المشتري، أوانساناً آخر جاهلا كان أو عالماً ، الى غير ذلك من الشقوق .

ومنه يعلم وجه النظرفيقول القواعد : أما نقص الأرض الحاصلبالغراس والبناء فانه غيرمضمون لانه لميصادف ملك الشفيع ويأخذ الشفيع بكلالثمن أو يترك، ومأأيده في جامعالمقاصد والمسالك وهو قضية كلام المختلف، كما في مفتاح الكرامة ، وعن التحرير ليس عليه ارش النقص، وفي مفتاحالكرامة هو يحتمل ارشنقصالارض بالاغراسويحتمل بالقلع، وعلى كل حالفالفتوى بعدم ارش على المشتري لاللوضع ولاللقلع أو بكون أحد الارشين عليه دون الاخر ، غير ظاهر من الادلة ، بل الظاهر خلافها .

قال في مفتاح الكرامة : أما نقص الأرض الحاصل بالقلع فالشيخ في المبسوط على عدم ضمان الارش ، ونسبه في جامع المقاصد اليه والىجماعة وفي المسالك الى ظاهر الشرائع وقال : وبه صرح الأكثر ولم نجد مصرحاًبه غير الشيخ في المبسوط بعد فضل التتبع .

نعم قد يظهر ذلك من اطلاق قولهم ان الشفيع يملك اجبار المشتري على القلع بعدبذلالارش حيث ام يتعرضوا لارش نقص الارض بالقلع فتأمل الى آخر كلامه .

ثمان المشتري لوتركالزرع والبناء لانه أعرض عنهما فان أرادهماالشفيع

فهو ، والا حق للشفيع ان يجبره على القلع ، اذ لايحق لانسان ان يترك ماله في ملك انسان آخر ، وان أعرض عنه ، بل الظاهر انه ليس للمشتري ذلك ، وان جعل شجره وبنائه مباحاً لمن أراد قبل أخذ الشفيع ، اذ لادليل على ان الاعراض عن الملك في مثل المقام يرفع أثر الملك من جهة وجوب افراغ ملك الغير منه .

ثم ان الشرائع قال : وللشفيع ان يأخذ بكل الثمن أويدع .

وقال في المسالك في شرحه : انه ان لم ينقص فلا بحث والافغي أخذ الشفيع لها بكل الثمن أوبما بعد الارش وجهان أشهرهما وهو الذي يقتضيه اطلاق المصنف الاول ، لان هذا النقص ليس له قسط من الثمن فلا يضمنه المشتري كالنقص بالاستهدام ، ولانه تصرف في ملك نفسه فلايتعقبه الضمان ، وقيل يجب الارش خصوصاً اذا كان بعد المطالبة لما ذكر سابقاً ، هذا اذا كان النقص بالغرس ، أما لو كان بالقلع فظاهراطلاق العبارة يقتضي انه كذلك بانه يأخذ بكل الثمن الشامل لحالة النقص بالغرس والقلع وعدمه وهوالذي صرح به الشيخ والاكثر معللين بانه تصرف في ملك نفسه ، وأختار في المختلف وجوب الارش ان كان ذلك باختيار المشتري ، لان النقص حدث على ملك الغير بفعله لتخلص ملكه فيضمنه ، ويمنع من كونه تصرفاً في ملكه أوصادف ملكه ، وانما صادف ملك الشفيع، اذ الفرق انه بعد الاخذ بالشفعة ، فلوامتنع المشتري من الازالة تخير الشفيع بين ثلاثة أشياء ـ انتهى .

أقول : أما فرعه الاول : بأن لم تنقص الارض فلا اشكال .

وأما فرعه الثاني : ففيه ماذكره الجواهر بأن الارش الحاصل بالقلع لامدخلية له في الاخذ بكل الثمن ، بل هو غرامة حاصلة له بعد الشفعة بفعله

في ملك غيره الذي قد أخذ منه بكل الثمن ـ انتهى ، ولاخصوصية لان يكون بعد المطالبة أوقبلها ، اذ ان المشتري تصرف تصرفاً يتعقبه الضمان لمادل على انه بكل الثمن المنصرف الى ان يكون كل المبيع لاالمبيع الناقص .

وأما مسألة الاستهدام بقدرة غير انسانية فهي مسألة اخرى ، ولو لم يكن دليل خاص في تلك المسألة لقلنا بأن المشتري أيضاً ضامن.

والحاصل : ان كل الثمن منصرف الى كل المبيع لاالى بعض المبيع أوالمبيع الناقص ، فاذا كان النقص بفعل المشتري أو بفعل آدمي مثلا كان بقدر ذلك النقص يخرج من الثمن .

أما اذا كان بفعل سماوي فلا بالدليل الخاص المتقدم المؤيد بالاجماع وغيره ، نعم لايبعد صحة استنباط المسالك اطلاق الشرائع ، حيث ان كلام الشرائع انما هو بعد قوله السابق ، ولايجب اصلاح الارض .

ومنه يعلم ، حال الفرع الثالث : وهو ماذا كان النقص بالقلع ، وان مقتضى القاعدة هو ما ذكره المسالك من انه ضامن لما تقدم من انه يمنع من كونه تصرفاً في ملكه أوصادف ملكه ، وانما صادف ملك الشفيع ، بل الحال كذلك بالنسبة الى ماقبل مصادفته ملك الشفيع بأن فعله في حال كونه ملكاً للمشتري تاماً قبل أخذ الشفيع ، فلافرق بين المسألة الثانية ، والمسألة الثالثة من هذه الجهة .

والحاصل:ان المشتري ضامن لكل نقص حدث بسببه من قلع ، أووضع أوغرس أوغير ذلك ، وأدلة (بالثمن) لاتنافي مثل هذا الضمان على المشتري فهما أمران ، وذلك مقتضى الجمع بين الحقين .

ومنه يعلم ، حال ماذاكان الشقص أرضاًواسعة فسلط المشتري على نصفها البحرمثلا ، فانه يأخذ بقية الارض بنصف الثمن اذ لم يكن لاجتماع النصفين مدخل في زيادة القيمة والايأخذ بالنسبة مثلا النصفان مجتمعاً لهما قيمة مائة .

أماالنصف فقط، فله قيمة ثلاثين، فانه يأخذ الشفيع نصف الارض بثلاثين بل وكذلك الحال فيمااذا سلط البحربدون مدخلية المشتري، فانه أيضاً يأخذها بثلاثين لانه مقتضى القاعدة ، وما تقدم من الرواية في[1] الاستهدام يبعد شموله لمثل ذلك ، لان الرواية فيما اذا سلمت الارض ، وهذا الموضع فيما اذا لم تسلم الارض فعدم المناط القطعي في المسألة يوجب الرجوع فيها الى القاعدة الاولية ، والظاهران على المشتري ازالة المانع لوأحدث مانعاً مثلاهذه الدار كانت مجاورة داراً للمشتري ، والمشتري وضع في داره بعد اشتراء حصة الشريك رحى مما يسبب ازعاج حيطان حصة الشفيع بعد أخذه بالشفعة ، فان عليه ان يرفع ذلك ، اذ اللازم تسليم الحصة الى الشفيع كاملة غير منقوصة وغير معيبة ، بل لو باع المشتري داره الموضوع فيها الرحى لانسان آخر ، فللشفيع ان يأمر ذلك الانسان برفع الرحى ، مثلا : وحينئذ فللمشتري من المشتري ان يرجع اليه بالفسخ أوبأخذ التفاوت.

ثم ان الشرائع قال: وان امتنع المشتري من الازالة كان الشفيع مخيّراً بين ازالته ودفع الأرش، وبين بذل قيمة الغراس والبناء، ويكون له مع رضى المشتري وبين النزول عن الشفعة . وفي الجواهر: كماصرح به غيرواحد . وفي المسالك: فلوامتنع المشتري من الازالة تخير الشفيع بين ثلاثة أشياء :

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

أحدها : القلع لان له تخليص ملكـه عن ملك غيره ، وهل يلزمـه نقص ارش البناء والغرس بالقلـع ، قولان أشهرهما اللـزوم ، لان النقض على ملك المشتري بفعلـه لمصلحته فيجب أن يكون مضموناً عليه، وان عرف المشتري غيرظالم ، ووجه العدم ان التسليط حصل بفعل المشتري لانه غرس في أرض مستحقة للغير ففيه انه وان كان مستحقاً للاخذ الا انه لم يخرج عن ملك المتصرف بذلك وليس هو بأبعـد من غرس المستعير ، وهو في كل آن يجوز رجوع المعير .

وثانيها: بذل قيمة البناء والغرس، سواء رضى المشتري بذلك أم لا؟ لان فيه جمعاً بين الحقيـن دفعاً للضرر اللازم لكل منهما بالقلـع ، وقيل : لايجوز ذلك الا برضى المشتري لانها معاوضـة فيتوقف على رضى المتعاوضين والا كان أكل مال بالباطل منهياً عنه في الاية (١) والرواية (٢) وهذا أقوى .

وثالثها: نزول الشفيع عن الشفعة وهو واضح ـ انتهى .

أقول : هناك أكثر من الاحتمالات الثلاثة المذكورة مثل أن يبقى شريكاً للمشتري، أويكون مستأجراً عنه أوماأشبه، ومثل هذا حال الزيادة المتصلة كعظم الأشجار ونحوها، كماسيأتي الكلام فيها انشاء الله تعالى .

هذا وفي قواعد العلاّمة: انه لو امتنع المشتري من الازالة تخير الشفيع بين قلعه مع دفع الارش على اشكال ، وبين بذل قيمة البناء والغرس ان رضى المشتري، ومع عدمه نظر ، وبين النزول عن الشفعة ـ انتهى .

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٩ .

(٢) تفسير البرهان : ج ١ ص ٣٦٣ .

فيقع الكلام فى الموارد الثلاثة :

أما الاول : وهو القلع مع الارش ، فالظاهر انه مقتضى القاعدة ، فحاله حال ما اذا زاد بالنماء المتصل، كعظم الاشجار فانه ان زادكان شريكاً، لكن يقدم لا ضرر الشريك على لا ضرر المشتري،وضرره عبارة عن انه غيرمتسلط على ملكه بالابقاء لنفسه .

أما ان يتضرر المشتري بأن الشفيع يقلعه بدون ارش فلا ، فالجمع بين الحقين يقتضي ان الشفيع يملك قلعه بارش ، فان قول الشارع خذه بالثمن المعلل بأن لايتضرر الشفيع مقدم على تضرر المشتري بعدم تسلطه على ملكه بالابقاء .

أمّا وجه اشكال القواعد فى قلع الارش ، ففي مفتاح الكرامة قال في الايضاح: الاشكال هنا فى موضعين :

الاول: فى القلع وينشأ من ان حق الشفيع أسبق من بنائه فصار كالاستحقاق بالغصب، ومن ان المشتري تام الملك قبل أخذ الشقص ، ولهذا ملك النماء ، ومن بنى في ملكه لم يتعد كالذي لا شفعة عليه ، وجواز انتزاعه من يده ليس موجباً لتعديه بنقض بنائه والا لثبت في الموهوب اذا غرس ، أو بنى فرجع الواهب فمراده انه يبقيهما اجماعاً على القول بالجواز، ولأن الشفعة موضوعة لازالة الضرر فلايزال بالضرر ـ انتهى .

وحاصله : ان الشفيع لايملك قلعه، وهو الذي حكاه الشهيد عن الشيخ ، وقال: انه يجاب الى التملك بالقيمة .

الثاني: في وجوب الارش مع القلع وينشأ من انه نقص دخل على ملك المشتري لمصلحة الشفيع ، والى هذا ذهب الشيخ في المبسوط ، ومن ان

التفريط حصل من المشتري، حيث غرس في أرض متزلزلة الملك واختاره في المختلف ـ انتهى .

أقول : حيث ان مقتضى ان للشفيع الملك بالثمن انه يسلم اليه فارغاً ان للشفيع الحق في القلع، لكن حيث انه ضرر على المشتري يجب أن يتدارك بالارش لماتقدم من انه جمع بين الحقين ، فالقول بانـه لا حق له في القلع محل نظر ، وليس الاختيار بيـد المشتري ، وانما بيد الشفيع الذي هو ملكـه بحكم الشارع بالثمن ، ولذا قال في الجواهر: ان الاشكال الاول الذي ذكره الايضاح واضح الفساد ضرورة عدم تصور وجوب ابقاء ملك الشفيع مشغولا بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الارض، الا أن يتخيّل وجوب قبول الاجرة على الشفيع ، أو بذل القيمة ان لم يرض، ولكنهما معاً كماترى ـ انتهى .

ووجه كونه كماترى ماعرفت من ان للشفيع ان يتسلم ملكـه فارغاً فليس عليه أن يقبـل الملك مشغولا ويعطي الاجرة للمشتري ، أو ان يشتـري ملك المشتري جبراً عليه .

ومنه يعلم ، وجه إشكال الاحتمالين الاخيرين الذين ذكرنـاهما أيضاً بأن يبقى الشفيع شريكاً للمشتري، أويكون مستأجراً عنه، أو ماأشبه من المصالحة ونحوها، فان كل ذلك خلاف ظاهر انه للشفيع بالثمن، وانه يعطى له فارغاً ، وظاهر المحقق الثاني ان قول العلامة على اشكال مرتبط بدفع الارش لابتخير الشفيع بين القلع وغيره ، ولايبعد ان يكون ما استظهره جامع المقاصد هو مقتضى القواعد، حيث ان القيد يرجع الى الاخير قطعاً .

وأمّا رجوعه الى ما عدا الاخيـر ، فهو بحاجة الى القرينـة ، قال فـي

جامع المقاصد : انـه لا اشكال في القلع وهو بعد ان حكـى عن الايضاح الاستشكال فيه قال: الظاهر انه وهم، اذ لايتصور وجوب ابقاء شغل ملك الشفيع بملك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من الشقص الا ان يتخيل وجوب قبول الاجرة على الشفيع، أووجوب دفع القيمة عليه ، وان لم يرض وبطلان هذا أظهر من ان يحتاج الى بيان ـ انتهى .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول مفتاح الكرامة، حيث قال: أما ثبوت حق القلع للشفيع، فظاهر، اذ لولاه لزم ضرر عظيم، هذا يدفع الثمن، وذاك يستحق المنفعة على الدوام، بل هو أعظم من نفي الشفعة بالكلية، لكن لامانع من وجوب قبول الاجرة، كما في المتهب اذا غرس وبنـى ورجع الواهب ، ولعل نظـره في الايضاح في الابقاء بالاجرة الى مافـي الخلاف والمبسوط والغنيـة والسرائر والتذكرة من انه له اجباره بعد القلع اذا رد عليه مانقص ، لانه حينئذ لا خلاف في انه له مطالبته بالقلع ، وان لم يرد لم يكن لـه ذلك كما في المبسوط والتذكـرة ، وليس على وجوب القلع حينئذ دليل، الى أن قال: وفي الزامهما على الابقاء بالاجرة حيث يحصل الامتناع من الامور الثلاثة جمع بين الحقيـن ، وفي قول المصنف فيما سيأتـي أو يقوم الغرس مستحقاً بالترك باجرة يرشد الى ذلك، بل نقول انه يقدم على بعض الثلاثة، كما يأتي في الزرع فليتأمل ـ انتهى .

اذ فيه ماتقدم من ان الظاهر من الادلة والفتاوى الا ماشذ انـه يجب على المشتري ان يسلم الملك الى الشفيـع فارغاً ، ولكنه حيث بنى وغرس كان له الارش ، لانه بنـى وغرس في ملك نفسه ، فللشفيع أن يفرغ ملكـه من ملك المشتري، ويعطيه الارش، وكون الاجرة مقدمة على ذلك خلاف ظاهر الادلة

بل الفتاوى أيضاً ، وان كانت الأجرة صحيحة اذا تراضيا على ذلك، كماتقدم منافي الاحتمالين ، وسيأتي بعض تفصيل الكلام في ذلك انشاء الله تعالى .

ولذا قال في الجواهر : وجوب الابقاء بالاجرة مما لايحتمله أحد في المقام ولعله لما ستعرفه من كون صاحب الارض كالمغصوب بعد امتناع المشتري من الازالة فلايجبر مع كونه مظلوماً ومغصوباً لانه لم يرض بالابقاء الذي هو غير الابتداء على القبول بالاجرة، كماهو واضح - انتهى .

وكونه كالمغصوب هو مقتضى القاعدة على ماذكره الجواهر لماعرفت من ان ظاهر الدليل (بأن لـه بالثمن) ان له ان يتسلمه فارغاً من كل شيء ، وانما نقول بالارش لما تقدّم ولولا كونه جمعاً بين الحقين لم نقل به أيضاً .

أما اشكال العلامة في الارش وهو الاحتمال الثاني في كلام الايضاح ، فقد أشكل عليه الجواهر حيث قال : نعم ماذكره من الاشكال الثاني في محله ، وان كان وجوب الارش هو الذي صرح به الشيخ وابنا زهرة وادريس والفاضل في جملة من كتبه والشهيدان والكركي على ماحكى عن بعضهم ، لكن الانصاف قوة ما في المختلف من عدم وجوب الارش ، بل مال اليه في محكى التذكرة لوجوب الازالة عليه بعد طلبها من الشفيع ، والضرر هو الذي أدخله على نفسه بفعله في الارض المستحقة الانتزاع منه ، بل الظاهر كونه ظالماً بأبقائه البناء والغرس في أرض الغير وأمتناعه من القلع، وكون الابتداء بحق لايقتضي كون الاستدامة بذالك ، اذلم يحصل من المالك مايقتضي الاذن فيها ، كما في العارية التي تقدم الكلام فيها في محله ، وحينئذ فيندرج في قوله عليه السلام[1] : لاحق لعرق

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من الغصب ح ١ .

ظالم . ولذا كان له جبره على القلع ضرورة كونه المتصرف في مال الغير دون صاحب الارض على انه لوكان المالك مستحقاً لارشه لاتجه وجوبه له حتى او قلعه هو مع طلب الشفيع ، اذ مع فرض استحقاقه له لاتفاوت فيه بين الامتناع وعدمه ، بل لعل الثاني أولى ـ انتهى .

وفيه : ان عدم استحقاق المشتري بالبقاء من جهة لاضرر الشفيع لاينافي استحقاقه الارش من جهة لاضرره ،كما ان عدم استحقاق بقاء ملك المشتري لاينافي استحقاق المشتري قيمة الشقص ، وقول الجواهر على انه الى آخره فيه انا نقول بذلك ، فهو مثل مالو قال : ألق متاعك في البحر ، وعلى بدله،فلا فرق في استحقاقه الارش بين ان يقلعه هو بأمر المالك ، أو يقلعه المالك أي الشفيع وعدم حقه بالنسبة الى الابقاء لا ينافي ان يكون له الحق بالنسبة الى الارش حيث يقتضي الدليل ذلك على ماتقدم ، فالوجوب لا ينافي الضمان ، كما انه يجب على صاحب الطعام ان يعطي في زمان المخمصة للجائع الذي يموت اذا لم يأكل الطعام ، ومع ذلك فالاكل ضامن للقيمة ، لانه مقتضى الجمع بين الحقين ، وقوله : لوجوب الأزالة عليه بعد طلبها من الشفيع ، لايدل على عدم الضمان للارش .

أما قوله : الضرر هوالذي أدخله على نفسه الخ ، ففيه ماذكرناه في [كتاب الغصب] من ان المقدم على شيء ليس معناه انه مقدم على الضرر ، فدليل لاضرر محكم .

أما مفتاح الكرامة حيث يظهرمنه عدم الارش فهو أبعد حيث قال : وخيرة المختلف أشبه باصول المذهب ، لان المشتري قد أقدم على الغرس والبناء ، وأخفى ذلك عن الشفيع ، مع انه باستحقاقه ، فقد أقدم على اضرارنفسه ، وما

ضره أحد ولاوجه للتنظير بالمستعير ، كما صنع جماعة ، فانه مابنى ولاغرس الا بأذن المعير - انتهى .

فان دليله أخص من مدعاه ، اذ مدعاه نفي الارش مطلقاً ، ودليله فيما اذا عرف المشتري ، وأخفي عن الشفيع ، مع علمه باستحقاقه ، مع وضوح ان المدعى ليس منحصراً بهذه الصورة .

والحاصل : ان الملك ملك المشتري حتى في صورة علمه بأن الشفيع يأخذه ، وان له الشفعة ، وقدعمل فيملكه ما يحق له ، فماذا الذي يرفع احترام ماله ولولا ظهور الدليل في كونه يسلمه الى الشفيع فارغاً ، وان للشفيع الحق في تسلمه ،كذلك لميكن وجه للقلع أيضاً ، لكن لما دل الدليل على ذلك لزم القول بالارش جمعاً بين الحقين .

ثم ان الجواهر ذكرتأييداً لعدم الارش قوله : ان الارش الذي يجب دفعه على الشفيع ان كان هو تفاوت ما بين كونه مقلوعاً وباقياً ففيه ماعرفت من انه غير مستحق للبقاء عليه ، فلا وجه لدفع عوض عما لايستحقه ، وان كان المراد به النقص الذي قديحصل عليه بنفس القلع ، لامن حيث بقائه ففيه انه بعد ان كان مستحقاً عليه على وجه لو باشره لم يتبع به الشفيع لامعنى لاتباعه به بعد الامتناع ، خصوصاً اذا كان ذلك بمباشرة الحاكم على ان الارش المزبور قد لايحصل ،كما اذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها وحال قيامها لانها قلعت على وجه لم يحصل فيها عيب وظاهرهم لزوم الارش للقلع ، وان اريد به تفاوت مابين كونها مقلوعة فعلا ومستحقة القلع واقفة، ففيه انذلك متصور فيقلع غير المستحق لاحتمال عفو المستحق مثلا ، فتزيد قيمتها بذلك حينئذ ، أما مع قلع المستحق الذي تفوت معه جميع احتمالات البقاء الحاصلة من احتمال رضاه،

فلا وجه لفرض التفاوت فيه ، نعم لوفرض ان للمالك الابقاء باجرة قهراً على الشفيع اتجه حينئذ الارش المزبور والمفروض عدم ذكرأحد له وجهاً ، فضلا عن القول به ـ انتهى .

وفيه : بالاضافة الى وجود مواضع للنظر في كلامه والتي منها انه اذا فرض عدم تفاوتها حال قلعها وحال قيامها ، فلاكلام في الارش ، ولم يدع ذلك أحد لانه لم يتضرر المشتري حتى يكون جمعاً بين الحقين ، ومنها انه ذكران الابقاء باجرة لم يذكره أحد وجهاً ، فضلا عن القول به مع انه ذكره في مفتاح الكرامة قال : نظر الايضاح في الوجه الثاني من وجهي الاشكال الاول الى ماحكاه قولا في التذكرة من ان عليه ان يبقيه في الارض باجرة ،ومعناه انه لايجوز له اجباره على القلع بارش ولابدونه ـ انتهى .

ان مرادهم بالارش ماهو واضح من التّفاوت المستفاد من الجمع بين الحقين، فانه ان لم يرد الشفيع النزول عن شفعته، ولم يرد أن يبقى مع المشتري شريكاً يقول أعطيك قيمة بنائك وشجرك أوأقلعها أوتقلعها أنت مع الارش ، فاذا كانت الارض بغير البناء والشجر مائة ومعهما مائتين وخمسين كان للمشتري مائة وخمسون يخرج منه الذي يحصله من قيمة الانقاض والمقلوعات ويعطيه الشفيع الباقي، فاذا كانت قيمة الانقاض والاشجار المقلوعة خمسين أعطاه الشفيع المائة ، وهكذا .

نعم ، اذا كان لانضمام الشجر الى الارض قيمة ، كان اللازم تقسيم تلك القيمة التي حصلت من الانضمام بين صاحب الارض وصاحب الشجر ، لانه مقتضى قاعدة العدل .

قال في المسالك: وحيث يختار بذل القيمة، أما باتفاقهما أومطلقاً لم يقوم

مستحقاً للبقاء في الارض مجاناً، ولامقلوعاً مطلقاً، لانه انما ملك قلعه مع الارش فيقوم كذلك بأن يقوم قائماً غير مستحق للقلع الا بعد بذل الارش أوباقياً في الارض بأجرة ان رضى المالك فيدفع قيمته كذلك الى المشتري، وان اختار القلع فالارش وهو مانقص من قيمته كذلك بعد قلعه ، وقيل في طريق القيمة أن يقوم الارض وفيه الغرس، ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيع أويدفع مانقص منه ان اختار القلع ، ويشكل بأنه قد يكون لضميمة كل من الغرس والارض الى الاخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة ، وذلك بتمامه لايستحقه المشتري ، فكيف يكون ماعدا قيمة الارض خالية عن مجموع القيمتين حقاً للمشتري ، فالوجه هو الاول ـ انتهى .

وكيف كان ، فالمهم أن يحصل المشتري على قيمة أشجاره وبنائه بانضمام الارش والانقاض والمقلوعات، واذا كانت هنالك قيمة للهيئة الاجتماعية كان له بعضها لقاعدة العدل ، أما أن يحصل هو على كل القيمة للهيئة الاجتماعية، أو تكون القيمة للهيئة الاجتماعية للشفيع فكلاهما خلاف القاعدة ، ثم انهما لو اختلفا فيمن يقلع فالمحكم الحاكم ، اذ لاأولوية لاحدهما على الاخر ، فاذا بادر أحدهما وقلع عصى ، لكن ليس عليه شيء بسبب ذلك ، ثمّ لو رضيا كلاهما بأحد الامور الخمسة فهو والا بأن قال الشفيع : أقلعه ولك الارش ، وقال المشتري : بل اشتره أنت ولي الثمن ، أوقال الشفيع : اشتريه ، وقال المشتري : بل أقلعه ولي الارش، مثلا: قدم القلع، لان العين للمشتري فلاحق في جبره للتنازل عن عينه .

لايقال : ولاحق في جبر الشفيع باعطاء الارش .

لانه يقال: الشفيع اذا لم يرد التسالم ببقاء البناء ونحوه كان مجبوراً بدفع

الثمن ، أوالارش ، لكن الاول بحاجة الى رضى المشتري بخلاف الثانـي ، فيقدم اختيار المشتري على اختيار الشفيع ، هذا تمام الكلام في الشق الاول من الشقوق الثلاثة التي ذكرها الشرائع من الازالة ودفع الارش .

وأما الشق الثاني ، وهو بذل قيمة الغراس والبناء ، ويكون له مع رضى المشتري ذلك، فقد عرفت ان العلامة تنظرفيه في القواعد، وفي مفتاح الكرامة عند قوله: ومع عدم رضى المشتري فيه نظر، يريد انه مع عدم رضى المشتري بالقيمة فهل يملك أخذه بالقيمة ويجب على المشتري قبولها فيه نظر ينشأ من انها معاوضة فتفتقر الى رضى المتعاوضين ، ومن ان ذلك أقـرب الى مصلحة كل منهما ، لان فيه جمعاً بين الحقيـن ، ودفعاً للضرر العظيم اللازم لكل منهما بقلـع البنـاء والغرس والاول أصح ،كما في الايضاح ، وأقـوى كما في جامع المقاصد والمسالك وهو قضية كلام الشرائع والتذكرة والتحرير ، حيث لـم يذكروا الا بذل القيمة مع الرضى ، وكأنه مال اليه أو قال به في الدروس حيث قال: ان قول الشيخ مشكل ، وقد نسب الثاني في الايضاح الى جمهور أصحابنا وفي جامع المقاصد الى أكثرهم ، ولم نجد لـذلك ذكراً في غير ماذكر الا في المبسوط ، وقد يظهر ذلك من أبي علي ـ انتهى .

وفي الجواهر : بل هو مناف لاصول المذهب وقواعده ، بل يمكن ارادة الشيخ ان ذلك مع الرضا ـ انتهى .

والظاهر ان الامر كما ذكره من عرفت من اشتراط الرضا ، حيث لاوجه لعدم الاشتراط .

لايقال : القلع والاشتراء كلاهما على خلاف المشتري ، فلماذا يقدم القلـع على الاشتراء .

لانـه يقال : القلع مقتضى الادلة ، حيث ان الشارع يلزمـه افراغ ملك الشفيع عن ملكه ، وليس كذلك المعاملة لانها متوقفة على رضى الطرفين . قال سبحانه : ﴿الا أن تكون تجارة عن تراض منكم﴾(١) الى غيرهامن الادلة الدالة على انه لايمكن المعاملة الا برضى الطرفين ، الا فيما اذا كان الحاكم مخولا في جبر أحـد الطرفين ، أو كليهما على المعاملة بدليل ثانوي ، وليس في المقام من ذلك الدليل الثانوي عين ولاأثر .

وعلى كل حال فحيث تبذل القيمة ، فان اتفقا على شيء فهو ، والا فانقلنا بأن البدل قهري ، فاللازم أن يكون البذل ،كما ذكرناه في الارش منانه يقوم المجموع ويعطي المشتري بقدرالتفاوت بينقيمة الارض، وقيمة البناءوالشجر واذا كان للهيئة الاجتماعية قيمة تقسم بينهما على قواعد العدل ، وبذلك يظهر وجوه النظر في احتمالات الجواهر ، حيث قال : وعلى كل حال فحيث تبذل القيمة باتفاقهما ، أو قهراً على المالك فعلى المختار يقوم غير مستحق للبقـاء باجرة ، بـل مستحق القلع بلارش ، وتدفع الى المالـك وعلى غيره ، ففي القواعد لم يقوم مستحقاً للبقاء في الارض ولامقلوعاً لانـه انما يملك قلعه مع الارش ، بل أمـا أن يقوم الارض وفيها الغرس ثم تقوم خالية ، فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه الشفيـع ، أو مانقص منه أو يقوم الغرس مستحقاً للترك بالاجرة أو لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه ونحوه في الدروس ولكن قال : وهـذا لا يتم الا على قول الشيخ بأن الشفيـع لايملك قلعه ، وانه يجاب الى القيمة لـو طلب تملكه وهو مشكل ، قلت : مضافاً الى انه لايقهر على الثاني منهما أيضاً

---

(١) سورة النساء : الآية ٢٩ .

فكل منهما غير مستحق الا مع الرضا به ، فلاوجه لملاحظته في التقويم ، بل ينقدح من ذلك الاشكال في جعل الثاني من أحد وجوه التخيير ضرورة عدم انحصار وجوه التراضي فيه ، بل قد يشكل الوجه الاول من وجهي التقويم أيضاً بأنه قد يكون لضميمة كل من الغرس والارض الى الاخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيادة القيمة ، وذلك بتمامه لايستحقه المشتري ، فكيف يكون ماعدا قيمة الارض خالية من مجموع القيمتين حقاً للمشتري ، بل قد يشكل الثاني أيضاً بأنه لايتم على القول بوجوب دفع الارض مع القلع لانه لا يملك طلب الاجرة على الابقاء ، اذ القلع لايسوغ الا مع ضمان الارش، فما دام لايبدله فالابقاء واجب عليه ولااجرة له عليه ـ انتهى .

ومما ذكرنا يظهر وجه ماذكره جملة من العلماء من ان الوجه الاسلم في كيفية التقويم أن تقوم الارض وفيها الغرس ، ثم يقوم كل منهما منفرداً ، فان بقي من مجموع القيمتين بقية قسمت عليهما على نسبة كل من القيمتين ، فاذا كانت قيمة المجموع مائة ، والارض أربعين والغرس خمسين تكون العشرة الزائدة باعتبار الاجتماع مقسومة على تسعة للارض أربعة اتساعها، وللغرس خمسة أتساعها .

أما اشكال مفتاح الكرامة على تقسيم قيمة الهيئة الاجتماعية بينهما بأن الشفيع انما يستحق الارض فقط ، والهيئة الاجتماعية كلها للمشتري لانها انما حدثت في ملكه ، ولانه لايضمنها لو قلع قطعاً ، ولو كان للشفيع فيها نصيب لضمنها غير ظاهر الوجه ، اذ الهيئة الاجتماعية قائمة بالمالين لابالمال الواحد والمشتري انما سبب بعض الهيئة الاجتماعية لاكل الهيئة الاجتماعية ، فحال ذلك حال ماذا صنع أحدهما مصراع باب أو حذاء وصنع الاخر المصراع

الاخر ، فهل يقال : بأن الهيئة الاجتماعية كلها للثاني ، حيث انه ثاني الصانعين وقواه : لايضمنها لـو قلع قطعاً محل نظر ، فان كلامهم في غير هـذه الصورة بقرينة اطلاقهم بكون التفاوت للمشتري .

قال العلامة في القواعد : فـان اتفقا على بذل القيمة أو أوجبنا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقاً للبقاء في الارض ولامقلوعاً،لانه انما يملك قلعه مع الارش ، بـل أما أن تقوم الأرض وفيهـا الغرس ، ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الغرس فيدفعه أومانقص منه ان اختار القلع أويقوم الغرس مستحقاً للترك باجرة ، أو لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه ـ انتهى .

فأنت ترى ان العلامة ذكر ان التفاوت للمشتري ، ومن الواضح ان ذلك انما هـو فيما اذا لم يكن للهيئة الاجتماعية مدخلية في ارتفـا ع القيمتين حيث يتعارف ان الهيئة الاجتماعية لامدخليـة لها في الارتفاع ، وقد ذكر في نفس مفتاح الكرامة انذلك الذي ذكره العلامة فيالقواعد صريح التحرير والدروس.

أما اشكال جامع المقاصد والمسالك على القواعد بأنه قد يكون بضميمة كل من الغرس والارض الى الآخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في زيـادة القيمة، وذلك بتمامه لايستحق المشتري، فكيف يكون ماعدا قيمة الارض خالية حقاً للمشتري ، فهو تفريع فر ع نادر للتنبيه على استثناء هذه الصورة مماذكره العلامة في القواعد وذكره غيره أيضاً ،كما تقدم .

والحاصل: ان حال القلع وحال أخذ المشتري القيمة واحد من هذهالجهة فانالغالب عدم القيمة للهيئة الاجتماعية وغير الغالب ممايكون فيه قيمةاجتماعية يلزم تقسيمها عليهما بالنسبة كما تقدم فيالمثال ، وقد ذكرنا في [كتاب الغصب] ان اللص اذا سرق أحد البابين أو أتلفه متلف كان عليه قيمة المجموع مخرجاً

منها قيمة المصراع الباقي، وكذلك حال الحذاء لانه قد أتلف الهيئةالاجتماعية والمصراع وكلاهما للمسروق منه وللمتلف عليه .

ثم ان القلع قد يسبب زيادة قيمة الشجر ، وقد يسبب نقصان قيمتها ، وقد لا يسبب شيئاً منهما ، فاذا سبب النقصان فالأرش على مالك الارض وهو الشفيع ، وان لم يسبب شيئاً، فهو يقلع شجره بدون الأرش ، أما اذا سبب القلع زيادة القيمة فهو لمالك الشجر، اذ لامدخلية لمالك الارض في الزيادة المذكورة .

ومنه يعلم الاحوال الثلاثة للارض ، حيث زادت قيمتها بالقلع أو نقصت أو بقيت كما كانت ، وقد ذكرنا طرفاً من الكلام في هذه الموارد الثلاثة في [كتاب الغصب] .

أما اذا لم يكن للبناء مهدوماً أو الشجرمقلوعاً أية قيمة، فالظاهر انالشفيع مكلف بأعطاء القيمة للملاك الذي ذكر في الارش من انه جمع بين الحقين ويرى ذلك فيالبنايات القديمة التيلها مادامت قائمة قيمة أمامهدومة فلاقيمةلها.

ومما تقدم يظهر حال عكسه بأن كان البناء قائماً لاقيمة له ، أما مهدوماً فله القيمة فان القيمة تكون للمشتري ، ولايكون على مالك الارض شيء .

ثم ان الجواهر قال : لو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقت آخر يخف الارش عليه فله ذلك ، اذ لا يجب عليه الابقاء الى أن يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته كما هو واضح .

ولو غرس المشتري أو بنى مع الشفيع أو وكيله في المشاع على وجه يكون الغرس والبناء بالاذن المعتبر بأن كان الشفيع لايعتقد الشفعة له أو يتوهم

كثرة الثمن ، ثم تبين له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعة ، فالحكم كما اذا غرس أو بنى بعد القسمة ـ انتهى .

قال في مفتاح الكرامة : ان بذل الشفيع القيمة بدون رضى المشتري نسبه الايضاح الى جمهور أصحابنا وجامع المقاصد الى أكثرهم ، ولم نجد لذلك ذكراً في غير ماذكر الا في المبسوط ، وقد يظهر ذلك من أبي علي .

قال في المبسوط : قلنا للشفيع : أنت بالخيار بين ثلاثة أشياء بين أن تدع الشفعة أو تأخذ وتعطيه قيمة الغرس والبناء أو تجبره على القلع وعليك قيمة مانقص وهو باطلاقه يتناول صورة الرضا وعدمه ، وان كان قد يدعى تبادر الاولى ، لاسيما مع ملاحظة اصول المذهب ، ولكنهم فهموا منه شمول الصورتين ، وقد صرح بعدم التوقف على الرضا في مثله في مزارعة الخلاف والمبسوط ، وادعى عليه في الاول اجماع الفرقة وأخبارهم .

وقال أبو علي : فيما حكى كان الشفيع مخيراً بين أن يعطى قيمة ماأحدثه المشتري ، وبين أن يترك الشفعة ولم يتعرض لشيء من ذلك في المقنع والمقنعة والانتصار والنهاية والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وجامع الشرائع والارشاد فأين مانسبه فيه الايضاح الى جمهورهم .

وأما الشهيد المتقدم على جامع المقاصد ، فقد عرفت انه مال ، أو قال: ان ذلك في صورة الرضا وهو مقتضى كلام الشرائع والتذكرة والتحرير حيث لم يذكروا الا بذل القيمة مع الرضا ـ انتهى .

وقد أخذ الجواهر منه جملة مما قال : كما لايخفى على من راجعهما، ولعل الشيخ وغيره حيث ذكروا التخيير بين الامور الثلاثة من جهة ان كلا من الاخذ بالقيمة بدون رضى المشتري وجبره على القلع خلاف القواعد الاولية، وحيث

دار الامر بينهما يكون الشفيع مخيراً بينهما، لكن قد عرفت ان مقتضى القاعدة الجبر على القلع لانه المستفاد من الروايات المتقدمة فلايعادله الاخذ بالقيمة قهراً ، ولعل الشيخ انما نسب ذلك الى أخبار الطائفة لوجود بعض الاخبار الدالة عليه مثل ماذكره الشيخ في أماليه (١) باسناده الى الخلفاني قال : كنت عند أبي عبدالله عليه السلام يوماً ، اذ دخل عليه رجلان من أهل الكوفة من أصحابنا، فقال أبوعبدالله عليه السلام : أعرفنهما ؟ قلت: نعم ، هما من مواليك ، فقال: نعم، والحمد لله الذي جعل أجلة موالي من عراق ، فقال له أحد الرجلين : جعلت فداك انه كان عليّ مال لرجل ينسب الى بنى عمار الصيارفة بالكوفة وله بذلك ذكر حق وشهود فأخذ المال ولم أسترجع منه الذكر بالحق ، ولا كتبت عليه كتاباً ولاأخذت منه برائة ، وذلك لانى وثقت به وقلت له : مزق الذكر بالحق الذي عندك ، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقها وأعقب هذا ان طالبنى بالمال وراثه وحاكمونى وأخرجوا بذلك الذكر بالحق وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم فباع على قاضى الكوفة معيشة لى ، وقبض القوم المال ، وهذا رجل من أخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى ، ثم ان ورثة الميت أقروا ان المال كان أبوهم قد قبضه، وقد سألوه أن يردوا على معيشتى ويعطونه فى أنجم معلومة فقال : انى أحب أن تسأل عن أبى عبدالله عليه السلام عن هذا ؟ فقال الرجل : جعلت فداك كيف أصنع ؟ قال : عليك أن ترجع بمالك على الورثة وترد المعيشة على صاحبها وتخرج يدك عنها ، قال : فاذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبنى بغير ذلك ؟ قال : نعم ، له أن يأخذ منك ماأخذت من الغلة من ثمر الثمار وكل ما

---

(١) الامالي : ج ٢ ص ٣٠٩ ط قم .

كان مرسوماً فيالمعيشة يوم اشتراها يجب أن ترد لك كل ذلك الا ماكان من زرع زرعته أنت فانللمزارع أما قيمة الزرع وأما أن يصبر عليك اليوقت حصاد الزرع ، فان لم يفعل كان ذلك له ورد عليك القيمة وكان الزرع له ، قلت : جعلت فداك فان كان هذا قد أحدث فيها بناءاً وغرساً ؟ قال : له قيمةذلك أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه ، فقلت : جعلت فداك أرأيت ان كانفيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال:يرد ذلك الى ماكان أويغرم القيمة لصاحب الارض فاذا رد جميع ماأخذ من غلاتها الى صاحبها ورد البناء والغرس وكل محدث الى ماكان أورد القيمة كذلك يجب على صاحب الارض أن يرد عليه كل ماخرج عنه في اصلاح المعيشة من قيمة غرس أو بناء أو نفقة في مصلحة المعيشة ورفع النوائب عنها كل ذلك فهو مردود اليه .

وكيف كان ، فحيث ترد القيمة باتفاقهما أو قهراً على المالك فقد عرفت سابقاً ان الميزان في اعطاء القيمة تقويمهما معاً وتقويم الارض وأعطاء التفاوت الى المشتري الغارس ، أوالباني اذا لم يكن للانضمام قيمة والا فقيمةالانضما توزع بينهما على النسبة العرفية .

أما بعض الوجوه الأخر التي ذكرها بعض، كما يظهر من الجواهروغيره فقد عرفت الاشكال فيها .

وعلى كل حال ، فقد تقدم الجواهر : لو اختلف الوقت فأختار الشفيع قلعه في وقت أسبق تقصر قيمته عن قلعه في وقت آخر يخف الارش عليه فله ذلك ، اذ لايجب عليه الابقاء ، لان يجيء الزمان الذي تكثر فيه قيمته ، وهو كما ذكره لما عرفت من وجوب التسليم اليه فارغاً ، كما في سائر الاماكن من البيع ونحوه .

نعم لايبعد انه اذالم يكن تفاوت الزمان كثيراً ، وكان القلع الاسبق يسبب ضرراً على المشتري لأن الدولة مثلا تأخذ منه ضريبة اذا قلعه في النهار حيث عمال الدولة موجودون بخلاف ماذا قلعه في الليل فلاضرر المشتري محكم على ذلك ،كما انه اذا أراد المشتري القلع ، وقال الشفيع : بأنه يؤخر في قلعه لم يجب على المشتري الاجابة حيث يريد الوصول الى ماله في أسرع وقت ممكن ، الااذا كان لاضرر محكماً ، واذا تنازعا فالمرجع الحاكم وهو يلاحظ أقل الضررين ، واكثر السلطتين بالنسبة الى الشفيع ، والمشتري ، لان دليل لا ضرر والسلطة محكمان ، فاذا تعارضا ولم يكن هنالك ما يقدم أحدهما على الاخر قدم مقتضى الاكثر سلطة ، والاقل ضرراً .

أما اذا لم يكن الشفيع يعتقد بالشفعة ، أويتوهم كثرة الثمن ، أونحوذلك من الاعذارالحائلة دون أخذه بالشفعة ،كما تقدم جملة منها في كلام المسالك، وحين ذلك بنى المشتري أوغرس ، أوما أشبه ، ثم التفت الشفيع الى الشفعة ونحوه فأخذ بها ، فالظاهر ان الحكم كالسابق في ان لهان يتسلم المال فارغاً ، أويعطى القيمة ، أويستأجر أوما أشبه .

ومنه يعرف وجه قول الجواهر: لوغرس المشتري ، أوبنى مع الشفيع ، أووكيله في المشاع على وجه يكون الغرس والبناء بالاذن المعتبر بأن كان الشفيع لايعتقد الشفعة له أويتوهم كثرة الثمن ،ثم تبين له الخلاف فأخذ الشفيع بالشفعة فالحكم ،كما اذا غرس أوبنى بعد القسمة ــ انتهى .

وقد ذكر الفرعان في القواعد قال : ولو اختلف الوقت فاختار الشفيع قلعه في وقت أسبق يقصرقيمته عن قلعه في آخرفله ذلك ، ولوغرس المشتري أوبنى مع الشفيع ، أو وكيله في المشاع ، ثم أخذه الشفيع فالحكم كذلك ،

وقد ذكـر في مفتاح الكرامة : ان الحكميـن مذكوران في التحرير وجامـع المقاصد ، ثـم صدقه هو ايضاً ، وقال في الفرع الثاني : مـراده ان المشتري غـرس وبنى في الجزء المشفوع حال الاشـاعة مـع الشفيـع أووكيله بحيث يكون الغرس والبناء بالأذن المعتبر ويتصور ذلك بأن يعتقد الشفيـع ان لاشفعة له ،أويتوهم كثرة الثمن ، ثم يتبين الخلاف فانه اذا أخذ بالشفعة يكون الحكم في الغرس والبناء كالحكم فيهما اذا حصلت القسمة ، ثم غرس أوبنى في حصته ثم أخذه الشفيـع ، كما ذكر ذلك كله في جامـع المقاصد ـ انتهى .

ثم الظاهر أيضاً ان ثالث الاقسام المذكـورة في الشرائـع في عنـوان المسألة (وهو النزول عن الشفعـة) علـى وفـق القاعـدة ، ولذا حكـى عن المبسوط انه قال: لا كلام فيه .

وعن جامـع المقاصد انه قال : لا بحث فيه ، وعن المسالك انه قال : هو واضح، وذلك انه نوع اقالة بين الشفيـع والمشتري فيشمله دليل الاقالة .

ومنه يعلـم، ان قول الجواهر يشكل بانه لادليل على تسلط الشفيـع على فسخ شفعته بعد ان أخذ بها، كما هو المفروض في موضوع المسألة .

نعم لوكان هذا التخييـر قبل الاخذ لكان جواز النزول بمعنـى ترك الاخذ بالشفعة واضحاً لا بعد الاخذ خصوصاً لورضى المشتـري ببذل الغرس والبناء له مجاناً، وان كان لايجب عليه القبول لمافيه من المنـة ولكن أقصى ذلك انه يجبره الحاكم على قلعـه ، وعلى دفـع الاجرة مدة الامتناع ، بل وعلـى اجرة القلـع بما احتاج ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه، كما انه لم يعلم وجه الخصوصية المذكورة، اذ الاقالة جاريـة في المقامين ، ومعنى الاقالة في الهبـة انه يرجع المتهب الشيء الى الواهب ويقبل الواهب ولاوجه للاشكال فيه .

(مسألة ـ ١٤ ـ) قال في الشرائـع ممزوجاً مع الجواهر : واذا زاد ما يدخل في الشفعة تبعاً كالودى المبتاع مع الارض فيصير نخلـة أو الغرس من الشجر وكزيـادة اغصان الشجر ونحو ذلك مما هو نماء متصل بالعيـن التي تعلقت الشفعة بها فالزيادة للشفيع بلا خلاف أجده فيه كما عن المبسوط، بل قيل مراده نفيـه بين المسلمين ، بل ولا اشكال ضرورة تبعيـة ذلك للعين التي تعلق بها حق الشفعة ـ انتهى .

وقد أخذ الجواهر النقل من المبسوط عن مفتاح الكرامة، وقوله: بل قيل أيضاً هو كلامه .

وقال في المسالك : أما كون النماء المنفصل للمشتري فواضح لانـه نماء ملكه لكونه حينئذ مالكاً مستقلا وتزلزل ملكه لاينافي ملك النماء، وأما المتصل فهو كالجزء من الشجرة فيتبعها في الحكم والودى بكسر الدال المهملـة بعد الواو المفتوحـة والياء المشددة أخيراً بوزن غنى فسيل النخل وزاد بعضهم قبل ان يغرس والمراد هنا المغروس ليكون تابعاً للارض ، أما غيـر المغروس فلا شبهة في عدم تبعيته للارض في الشفعة ـ انتهى .

أقول : مقتضى القاعدة انـه اذا كانت الزيادة واضحة معلومـة ، كما اذا اشترى في هذه السنة وبعد سنة أخذ الشفيـع بالشفعة كون الزيادة للمشتري .

نعم اذا كانت الزيادة غيرمحسوسة ، كما اذا اشتراه في هذا اليوم وأخذ الشفيـع منه غداً أوبعد غد أوماأشبه تكون الزيادة للشفيـع ، أما الثاني فلتعارف ذلك وعدم تفاوت قيمـة معتد بها عند العرف ، بل عدم تفاوت القيمـة اطلاقاً عندهم غالباً فاطلاق النصوص يقتضى الاخذ بنفس ذلك الثمن ، سواء كانت الأشجار في البستان أوفي الدار ونحوها .

أمّا مع فصل المدة والزيادة المحسوسة فلا فرق بين النماء المتصل والنماء المنفصل ، ولا وجه لدخول المتصل في ملك الشفيع بعدكونه ملكاً للمشتري، ولادليل على الانقلاب .

وأما ما ذكره الجواهر من ضرورة تبعية ذلك للعين التي تعلق بها حق الشفعة فشبه مصادرة ومجرد عدم خلاف المبسوط لايمكن ان يكون مستنداً لحكم على خلاف القاعدة مع انه محتمل الاستناد، بل ظاهره .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث انه بعد كلام المسالك المتقدم علق عليه بقوله: هو كذلك اذا كان مطروحاً على وجه الارض، أما اذا كان نابتاً في أسفل النخل مثلا ، ولكن لايكون نخلة حتى يقلع منها ثم يغرس، فدعوى عدم تبعيته للارض في الشفعة محل منع خصوصاً مع فرض كون عنوان الشفعة البستان والحائط كمافي بعض نصوص الجمهور (١) الذي انجبر بعمل الاصحاب ضرورة دخول ذلك ونحوه فيه نعم لوتجدد فسيل بعد البيع لم يكن للشريك الشفعة فيه لعدم دخوله في المبيع ـ انتهى .

اذ قد عرفت ان دعوى عدم تبعيته للارض في الشفعة هو مقتضى القاعدة، فلاوجه لكونه محل منع، كما انك قد عرفت ان في نصوصنا أيضاً يوجد لفظ الحائط (٢) والشجر ونحوه كمانقلناها سابقاً عن مستدرك الوسائل، فليست الالفاظ المذكورة خاصة بروايات الجمهور كمانقلت عن سنن البيهقي وغيره .

نعم ماذكره الجواهر بعد ذلك بقوله: وأما مايبس من أغصان الشجر أو سعف النخل بعد الابتياع وتعلق حق الشفعة به فلايبعد بقائها فيه حتى لو قطع

---

(١) السنن الكبرى : ج ٦ ص ١٠٤ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٥ من الشفعة .

منها للاصل ولانــه كالاحجار المنقضة من الدار ، وكذا كل ماكان كذلك من الكرب ونحوه- انتهى .

هو مقتضى القاعدة لان الشفعة قد تعلقت بها فلاوجه لخروجها عن الشفعة وكذلك حال ماء البئر والنهر والعين وما أشبه ، فان ماكان منه في وقت البيع أو مازاد بما لايراه العرف زيادة يكون للشفيع ، أما مازاد زيادة واضحة فهو للمشتري، وحاله حال الزيادة المنفصلة .

أما قول الجواهر : نعم لوكان كذلك حال الابتياع امكن منع الشفعة فيه لكونه منقولا أو بحكمه حال الابتياع، فلايتعلق به حق الشفعة بل يكون حينئذ مع ضم المشفوع الى غير المشفوع - انتهى .

ففيه نظر ، فان اليابس من الاغصان ونحوه يعدّ جزءاً ، وان كان بحكم المنفصل في حال الابتياع، فيشمله دليل الشفعة، كمايشمل الاحجار المطروحة على الارض في الارض الحجرية ، وكذلك الرمال والمدر ونحو ذلك ، فان كلها داخلة في الشفعة اذا عدت جزءاً من الارض، وان كانت منقولة ، ثم قال الشرائع : أما النماء المنفصل كسكنى الدار وثمرة النخل فهو للمشتري، ولو حمل بعد الابتياع فأخذ الشفيع قبل التأبير ، قال الشيخ : الطلع للشفيع لانه بحكم السعف والاشبه اختصاص هذا الحكم بالبيع- انتهى .

وفي المسالك : لاخلاف في ان الثمرة اذا ظهرت في ملك المشتري قبل الاخذ بالشفعة يكون للمشتري، وان بقيت على الشجرة لانها بحكم المنفصل ومنــه ثمرة النخل بعد التأبير ، أما قبلــه فقد تقدم في البيع انها تتبع الشجرة فتكون للمشتري فألحق الشيخ هذا الحكم بالشفعـة وحكم بكون الثمرة اذا ظهرت بعد الابتياع فأخذ الشفيع بالشفعة قبل تأبيرها للشفيع لانها تابعة للاصل

شرعاً كالسعف وغيره من الاجزاء والمصنف والاكثر خصّوا هذا الحكم بالبيع على خلاف الاصل بالنص عليه فالحاق غيره به قياس ، وهذا أقوى ـ انتهى .

أقول : مقتضى ماعرفت في الزيادة المتصلة ان ماكان في حال البيع هو ملك للشفيع، وكذلك مازاد، لكن زيادة لاتظهر عند العرف ، مثل يوم ويومين وثلاثة أيام ومأشبه .

أما اذا كانت الزيادة واضحة ، فمقتضى القاعدة انها لاتكون للشفيع لانها زادت في ملك المشتري من غيرفرق بين قبل التأبيروبعده، ولذا قال في الجواهر في قول الشرائع المتقدم : (وثمرة النخل فهو للمشتري) بلاخلاف ، بل ولا اشكال ضرورة انه نماء ملكه ، وان كان متزلزلا على انه ليس من متعلق البيع الذي ثبت فيه حق الشفعة فهي حينئذ للمشتري ، وان بقيت على الشجرة لانها بحكم المنفصل ـ انتهى .

لكن فيه وفي كلام غيره ان تعليق الحكم على المتصل والمنفصل لادليل عليه ، بل المعيار ماذكرناه .

ومنه يعلم وجه النظر فيما يحكى عن التذكرة من انه قوى الدخول في الشفعة فيما اذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ، ثم أخذه الشفيع قبل التأبير اذ لامعيار في التأبير وغيره على ماعرفت كما يعلم وجه النظر في كلام القواعد حيث علق الحكم على التأبير قال : ولوكان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري، وان أخذه الشفيع بعد التأبير أخذ الارض والنخل دون الثمرة بحصتها من الثمن، وفي محكى جامع المقاصد انه اذا أخذه الشفيع بعد التأبير فالثمرة للمشتري قطعاً فيجب أن يسقط من الثمن حصة الطلع منه بأنه قد ضم غير المشفوع

الى المشفوع ، وطريق ذلك تقويم الجميع ، ثم تقويم الطلع وتنسب قيمته الى قيمة المجموع ، ثم يسقط من الثمن بهذه النسبة ـ انتهى .

ثم ان مقتضى القاعدة ماحكى عن الشيخ في المبسوط والخلاف من انه اذا باع النخل منضماً الى الارض وهو مثمر واشترط الثمرة في البيع كان للشفيع أخذ ذلك أجمع بعموم الاخبار وقدحكى نحو ذلك من التذكرة في غير المؤبر وأورد عليهم الجواهر بأن الفرض تخصيص عمومها بغير المنقول الذي منه الثمرة ، وان بقيت عليه الى أوان بلوغها ، وحينئذ فهو من بيع المشفوع وغير المشفوع الذي قد عرفت أخذ الشفيع له بما يخصه من القيمة ، وكذا الحال في كل ماكان نحو الثمرة في الاستعداد للنقل ـ انتهى .

اذ قد عرفت انه لاعنوان لنا بمثل هذه الالفاظ حتى يقال: بأن الشفعة خاصة بغير المنقول والثمرة منقولة فلاشفعة فيها، اذ الثمرة تعد جزءاً كالسعف والورد وغير ذلك ولم ينبه في الروايات على خروجها خصوصاً مع تعارف وجود الاشجار المثمرة في البيوت ، وكذلك في الحائط ونحوه فقد تقدم في رواية الغوالي[1] عن النبي صلى الله عليه وآله قال : الشفعة في كل مشترك ربعاً أوحائطاً فلايحل له أن يبيعه حتى يعرضه على شريكه، فان باعه فشريكه أحق به .

وعن الدعائم[2] ، عن الصادق عليه السلام ، انه قال : الشفعة في كل عقار والعقار النخل والارضون والدور .

الى غير ذلك من الروايات التي فيها لفظ الحائط والعقار ، وسيأتي بقية الكلام في ذلك في مسألة الزرع ، اذ لافرق بين الزرع والثمر فيما سنذكره انشاء الله تعالى .

---

(١) العوالي : ج ٣ ص ٣٧٥ ح ١ .

(٢) الدعائم : ج ٢ ص ٨٩ ح ٢٦٩ .

(مسألة - ١٥ -) قال في الشرائع : ولو بان الثمن مستحقاً فان كان الشراء بالعين فلاشفعة لتحقق البطلان، وان كان في الذمة ثبتت الشفعة لثبوت الابتياع.

وفي مفتاح الكرامة عند قول القواعد : ولو ظهر استحقاق الثمن ، فان لم يكن معيناً فالاستحقاق باق والا بطلت الشفعة ، كما نص على الحكم الثاني في المبسوط ، وعليه وعلى الأول في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لولده والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ونص الخراساني على الثاني - انتهى .

وفي الجواهر: بلاخلاف أجده في شيء من ذلك ولااشكال ووجه الاثنين واضح، لان استحقاق أحد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع وبقاء الاخر بلاعوض في مقابله بخلاف مافي الذمة فان المدفوع عنه لايتعين ثمناً على تقدير ظهوره مستحقاً ، بل الثمن أمر كلي في الذمة فلايبطل البيع، كما لو لم يكن دفعه بعد ولو أجاز مالك الثمن الشراء صح البيع وثبتت الشفعة كذا في مفتاح الكرامة ، لكن اللازم ان يقال : ان أجاز المالك لنفسه فيمايصح ، فان كان المالك نفس الشفيع انتقل الملك اليه بالبيع ولا شفعة ، وان كان غيره ثبتت الشفعة، اذ لافرق في كون المشتري نفس من أعطى الثمن أوغيره، وانما قيدناه بفيمايصح ، لانـه قد لانقول بصحة مثل هذا الفضولي حيث يشتري الانسان لنفسه بثمن غيره ويجيز ذلك الغير الفضولي لنفسه ، وقد نقول بالصحة ، لكن اذا لم يكن البيع على وجه التقييد والابطل والظاهر ان مرادهم غير مثل هذه الصورة لانه منصرف من كلامهم .

ومماتقدم يظهر حال ماذا كان بعض الثمن مستحقاً، وان كان الثمن مستحقاً ثم انتقل الى المشتري، فان قلنا بصحة البيع بدون الاجازة من نفس المشتري

فهو ، أو بالاجازة وأجاز كان كذلك في ثبوت الشفعة في الصورتين ، وان لم يجز بطلت الشفعة فيرجع الشقص الى الشريك ، ولو كان البيع بالذمة ، لكن لاشيء للمشتري اطلاقاً الى حين موته فالظاهر بطلان مثل هذا البيع ، اذ لا مقابل للمثمن وتبعاً له يبطل الشفعة أيضاً .

وكيف كان ، فان ظهر الثمن العين مما لايملك بطل البيع وببطلانه تبطل الشفعة أيضاً كماهو واضح .

ثم قال الشرائع: ولو دفع الشفيع الثمن فبان مستحقاً لم تبطل شفعته على التقديرين ، ومراده بالتقديرين كون ثمن المشتري معيناً أو مطلقاً ، وعلله في الجواهر بقوله : ضرورة كون البيع صحيحاً وهو سبب الشفعة ، اذ المستحق هو مادفعه الشفيع لاالمشتري، أو ان المراد تقديري أخذ الشفيع الشفعة بالثمن المستحق بأن قال مثلا تملكت الشقص بهذه الدراهم أو المطلق الذي رضى المشتري به في ذمته فقال : تملكته بعشرة دراهم ثم دفع المستحق وفاء، ولعله أولى ليوافق مافي غيره من كتب الأصحاب ـ انتهى .

هذا ولكن عن الدروس انها تبطل اذا علم الشفيع باستحقاق الثمن اذا جعلناها فورية، وأشكل عليه في مفتاح الكرامة بقوله: وهذا منه مبني على ان الملك لايحصل الا باللفظ ودفع الثمن كماهو مختاره وعلى انه يجب الفور بدفع الثمن كمايجب الفور بالأخذ باللفظ، وهذه الملازمة هي التي يقتضيها النظر ، وقد ادّعاها في جامع المقاصد كماسلف ، ونحن قد تأملنا فيها هناك ، لان الذي تعتبر فوريته انما هو الصيغة ، وأما دفع الثمن فالاصل عدم اعتباره وعلى ذلك نبه في المسالك ـ انتهى .

أقول : قال في المسالك : ولو كان عالماً ففي بطلانها وجهان مبنيان على

ان الملك يحصل بقوله : أخذت أو بـه وبدفع الثمن ، فعلى الاول لايضر لحصول الملك ، وعلى الثاني يحتمل البطلان لمنافاتـه الفور، والصحة لان المعتبر فورية الصيغة ، والاصل عدم اعتبار غيرها ، وربما فرق مع العلم بين كون الثمن معيناً ومطلقاً لانه مع التعيين يلغو الاخذ فينافي الفورية بخلاف المطلق، فان الاخذ صحيح، ثم ينفذ الواجب بعد ذلك ـ انتهى .

وحيث قد ذكرنا سابقاً عدم اعتبار الفور بمثل ذلك ، فالظاهر ان الشفعة صحيحة .

ومنه يعرف وجه النظر في الشق الثاني من كلام الجواهر حيث قال تعليقاً على كلام المسالك: لاينبغي التأمل في الصحة مع الاطلاق اذا رضي المشتري بكونه في ذمته، ثم دفع المستحق للغير، أما الاطلاق بمعنى انه قال في مجلس الشفعة أخذت بعشرة دراهم مثلا ثم دفعها في المجلس فالظاهر البطلان معه أيضاً بفوات الفورية بالمعنى الذي ذكرناه ـ انتهى .

نعم يأتي هنا ماذكرناه في فرع سابق بما اذا كان في الذمـة مثلا ، ولا شيء للشفيع اطلاقـاً الى حين موتـه ، وان رضي المشتري بالذمة زاعماً ان للشفيع المال الى حين موته مثلا ، أما اذا كان رضاه مقيداً فالبطلان أوضح ، والمراد بالمال للشفيع الأعم من مالـه شخصاً أو اعطاء غيره من متبرع ، أو بيت مال أو ماأشبه مافي ذمتـه، اذ في كلا الحاليـن يصل ثمن المشتري اليه فالاخذ بالشفعة صحيح .

ومماتقدم يظهر الكلام فيما اذا كان الثمن معيبـاً ، سواء كان الثمن الذي دفعه المشتري الى الشريك أو الذي دفعه الشفيع الى المشتري ، فانه اذا كان الثمن كلياً لزم التبديل، واذاكان شخصياً، فالكلام في كلا الفرعين كماذكرسابقاً في الفرعين المذكورين .

(مسألة ـ ١٦ ـ) قال في الشرائع: اوقال: اشتريت النصف بمائة فترك ثم بان انه اشترى الربع بخمسين لم يبطل الشفعة، وكذا لوقال: اشتريت الربع بخمسين فتركه، ثم بان انه اشترى النصف بمائة لم يبطل شفعته لانه قد لايكون معه الثمن الزائد، وقد لايرغب في المبيع الناقص .

وفي المسالك قال: من جملة الاعذار المسوغة لتأخير الاخذ، وان جعلناها فورية، مالو أخبر بمقدار المبيع فظهر زائداً عما أخبر أوناقصاً، سواء كان من زيادة الثمن أو نقصانه أم مساواته للواقع حسب مايقتضيه التقسيط لاختلاف الاغراض للعقلاء في ذلك ، فقد يرغب في شراء الزائد دون الناقص وقد ينعكس ، فلو أخبر المشتري انه اشترى النصف بمائة أو أخبره مخبر بذلك فترك الاخذ ثم ظهر انه اشتراه بدون ذلك لم تبطل شفعته لظهور الغرر ، فانه قد لايرغب في الشقص بالثمن الرخيص دون مازاد عليه ، سواء كان معه الثمن أم لا ؟

وكذا لوقال المشتري : اشتريت الربع بخمسين فترك الشفيع ثم بان ان المشتري انما اشترى النصف بمائة فان شفعته لاتبطل أيضاً لانه قد لايرغب في شراء الربع ويرغب في النصف ، وبالعكس فلا يعدّ تركه تقصيراً ـ انتهى .

وقد تقدم الكلام في ذلك كله ، وان اطلاق دليل الشفعة شامل للمقام، بل لايظهر منهم خلاف في المسألة المذكورة، وهل عليه التحقيق، فاذا لم يحقق فاتت الفورية؟ الظاهر لا، لاطلاق أدلة الشفعة بدون مقيد بسقوطها اذا لم يحقق وكذا في سائر الاعذار ، مثل زعمه ان المشتري زيد فبان عمرواً حيث لايريد

التعامل مع زيد، أو ان البائع خالد فبان خويلداً، سواء في الشريك الواحد بما اذا لم يعرفه أو في الشركاء اذا قلنا بصحة الشفعة فيهم فزعم ان خالدهم باع ولا يريد أخذ ما كان لخالد ، الى غير ذلك من الخصوصيات التي تختلف الرغبات فيها .

نعم قال في الجواهر : لو علم ان عدم الاخذ بها لا من حيث كثرة الثمن أو قلة المبيع ، بل لارغبة عنها على كل حال ، فالظاهر السقوط ، ومن هنا يتجه للمشتري اليمين على الشفيع لو ادعاه بذلك ، كما يتجه بقائها مع الشك في الحال لموت الشفيع مثلا ، ضرورة انه بناءً على ماذكرنا متى قام احتمال العذر لوجود الغرض المعتد به عند العقلاء ، ويمكن استناد الترك اليه كفى في استصحاب بقائها ، وان كان قد يحتمل القول بان الشفعة على خلاف الاصل والمتيقن ثبوتها مع كون الترك لعذر والاسقطت ، لكن الاول أقوى ، وأوفق باطلاق الادلة ــ انتهى .

ومن الواضح ان اتجاه اليمين على الشفيع من قبل المشتري انما هو اذا لم يكن للمشتري البينة والا فلا موقع لليمين ، كما انه اذا لم يحلف الشفيع بنيت المسألة على احتمالي رد اليمين على المدعى ثم الحكم به أو الحكم بمجرد نكول المنكر ، ولا يخفى ان نائب الشفيع أو وارثه أيضاً يقوم مقام الشفيع في توجيه اليمين اليه ، فان ادعى الجهل كفي الحلف على عدم العلم لاطلاق الادلة .

(مسألة ـ ١٧ ـ) قال في الشرائع : اذا بلغه البيع فقال : أخذت بالشفعة ، فان كان عالماً بالثمن صح ، وان كان جاهلا لم يصح ، ولوقال : أخذت بالثمن بالغاً مابلغ لم يصح مع الجهالة تفصياً من الغرر، وفي المسالك :لما كان الاخذ بالشفعة في معنى المعاوضة بانه يأخذ الشقص بالثمن الذي يبيع به اشترط علمه به حين الاخذ حذراً من الغرر اللازم على تقدير الجهل ،لان الثمن يزيد و ينقص والاغراض تختلف فيه قلة و كثرة ، وربما زيد حيلة على زهد الشفيع في الاخذ مع اتفاقهما على اسقاط بعضه كما سيأتي ، فلا يكفي أخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنساً أوقدراً أووصفاً ، وان رضى بأخذه بمهما كان الثمن ، لان دخوله على تحمل الغرر لايدفع حكمه المترتب عليه شرعاً من بطلان المعاوضة مع وجوده كما لو أقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول ورضى به كيف كان ، وحيث لايصح الاخذ لاتبطل شفعته ، بل يجدده اذا علم به ـ انتهى .

والدليل على ذلك هو عموم لاغرر الوارد في النص المروي[1] عن رسول الله ﷺ كما تقدم والروايات الواردة في مختلف الابواب المستفاد منها القاعدة المذكورة والتي هي مجمع عليها في الجملة على الظاهر،وعليه يلزم علمه بسائر مالولم يعلمه يلزم الغرر ، ولولم يعلم قدر المبيع أوجنس الثمن أووقت التسليم أوسائر الخصوصيات الدخيلة لم يصح ، ولو اختلفا فقال المشتري : كنت تعلم ، وقال الشفيع: ماكنت اعلم ، أوقال المشتري : علمت بعد شهر فقال : بل بعد سنة ، فالاصل مع الجهل الااذا ادعى العلم سابقاً والنسيان لاحقاً ، فان الاستصحاب محكم .

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٣٠ الباب ٤٠ من عقد البيع ح ٣ .

وكيف كان ، فالظاهر انه يشترط علم كلا الطرفين بالثمن والمثمن لدليل الغرر الشامل للمقام ، فانه معاملة كسائر المعاملات ، فلا يجري فيها الغرر .

قال في مفتاح الكرامة : أما اشتراط علمه بالمثمن وصحة الاخذ فقل من تعرض له ، وانما ذكر في التذكرة وجامع المقاصد والروضة ، وأما اشتراط علمه بالثمن فقد صرح به في المبسوط والكافي والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والمفاتيح، ولم يذكرشيء منهما في الوسيلة والغنية فيما ذكرفيهما من الشرائط وقضيتهما انعلمه بهما غيرشرط ، ولم يذكرهذا الشرطأيضاً في المقنع والمقنعةوالنهاية والمهذب والمراسم وفقه القرآن والسرائر وجامعالشرائع والنافع والتبصرة وفي مجمع البرهان انه لاذليل عليه من عقل ولانقل الا ان يكون اجماعاً ــ انتهى .

لكن فيهماعرفت منالدليلمن عمومالغرر ، ولانهمعاملة، والمعاملاتيجب حصول العلم بطرفيهاللطرفين ولااطلاق لادلة الشفعة بنفي الشرائطالمذكورة في المعاملات في كل مقام .

وبذلك يظهروجه النظر في قول الجواهر حيثانه بعد نقلجملة من كلام مفتاح الكرامة كما يظهر للمراجع انه نقل منه قال : قلت : ماذكره مجمع البرهان من عدمالدليل عليه من عقل ولانقل كذلك بعد عدم ثبوت عمومالنهي عن الغرر أولا ، وعدم ثبوت كونها معاوضة ينافيها الغرر ثانياً .

نعم قد يقال : ان الشفعة على خلاف الاصل والمتيقن من شرعية الاخذ بهاان لم يكن المنساق من نصوصها هوحال العلم بالثمن ، مضافاًالى ماعرفت من اعتبار دفعه في التملك بها ومع عدم العلم به لاطريق الى دفعه ، واحتمال

الاجتزاء بدفع مايعلم فيه الثمن لايكفيه قطع الاصل المزبور لكن ذلك كله لايقتضي اشتراطه على كيفية اشتراطه في البيع بحيث لايجدى قول أخذت بالشفعة ، وان علم به بعد ذلك ودفعه ، اللهم الا ان يدعي ظهور قوله عليه السلام[1] : فهو أحق بها من غيره بالثمن وليس له الا الشراء والبيع الاول. في ذلك، ولكنه واضح المنع ضرورة ان اقصاه اعتبار دفع الثمن لاالعلم به حال الاخذ ـ انتهى .

فانه لاوجه لعدم عموم النهي عن الغرر ، ولذا استدل به الفقهاء من اول الفقه الى آخره، وان استشكل عليه بعضهم بعدم عثوره على نص صحيح، أو عدم ظهور مضمونه ، وان المراد بالغرر ماذا وقد تقدم انها معاوضة والمعاوضة ينافيها الغرر ، بل هو مجمع عليه بينهم كما يظهر من استدلالاتهم في مختلف أبواب الفقه .

نعم لم يذكروا ذلك في بعض المباحث ، ولهذا فمن المحتمل ان الذين لم يذكروه من المقنع والمقنعة الى الأخيرانما اعتمدوا على شرائط المعاملات مطلقاً ، ولذا لم يذكروا في هذا الباب أيضاً بعض الشروط الاخر ، فاللازم تحصيل العلم بذلك فوراً فورية عرفية اذا قلنا بوجوب الفور ثم يأخذ بالشفعة فهل يمكن القول بانه اذا لم يعلم ان المبيع دار أوبستان أوحانوت أوحمام أوأرض أومزرعة أوغير ذلك ، وان شريكه في ذلك هل هوزيد أوعمرو أوبكر أوغيرهم من الشركاء ، وهل باع كل حصته أو بعضها ، وانه بكم باعها بالقيمة العادلة أوبغير العادلة بالمواطاة ، الى غير ذلك يحق له الاخذ بالشفعة هكذا مجهولا ، ولذا قال في القواعد : اشترطوا علم الشفيع بالثمن والمثمن معاً ،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

فلو جهل أحدهما لم يصح الاخذ وهو المنقول عن المبسوط وغيره كما تقدم الالماع الى جملة ممن قال بذلك ، فلو قال : أخذته بمهما كان لم يصح مع الجهالة كما صرح به في القواعد ومحكى المبسوط وغيرهما ، وبعد ذلك لاحاجة الى دليل الاحتياط وكون الشفعة خلاف الاصل والمتيقن من شرعية الاخذ بها عدم الغرر كما تقدم من الجواهر ، اذ الدليلان كاف لذلك ولو لم يكف مثل الدليلين المذكورين من رواية الغرور[1] وقاعدة المعاوضات لم يمكن الأستدلال للبطلان في جملة من المعاملات التي لم يذكر فيها اشتراط العلم بصورة خاصة .

ثم ان مما ذكروه في عدم صحة المعاملة بالتعليق يظهر انه اذا قال ان كانت البستان هي المبيعة فآخذ بالشفعة ، أو ان كان الثمن كذا أو دون ذلك فآخذ بالشفعة فانه لم يصح ، لانه تعليق ، كما انه اذا علم ان المبيع النصف أو الاقل مثلا ، أو علم ان الثمن ألف أو الاقل ، وقال أخذت : بالشفعة لم يصح لانه غرور وجهل أيضاً حاله حال ماذا قال المشتري : اشترى هذا الشيء منك بألف الى الاقل يعني مهما كانت قيمته الفاً أو أقل ، أو قال البائع : ابيعك كذلك ، الى غير ذلك من الأمثلة التي كلها مناف للغرر وللجهالة ، ولما يستفاد من العقل والشرع من اشتراط العلم في المعاملات ، ثم على تقدير اشتراط العلم ان قال المشتري : للشفيع أخذت بالشفعة ، وأنت لاتعلم فشفعتك باطلة ، وقال الشفيع : بل كنت أعلم فليس للمشتري الحق على الشفيع الان يحلف على العلم ، اللهم الا ان يقول : اني الان ناس هل اني كنت عالماً أم لا ؟ فالاصل الصحة ويحلف على عدم علمه بكونه جاهلا حين الاخذ .

---

(١) انظر : سنن ابن ماجة : ٢١٩٥ .

(مسألة ـ ١٨ ـ) قال في الشرائع : يجب تسليم الثمن أولا : فان امتنع الشفيع لم يجب على المشتري التسليم حتى يقبض ، وقد تقدم الكلام في هذه المسألة ، وفي المسالك ان وجه تقديم حق المشتري هنا بتسليمه الثمن أولا جبر وهمه الاخذ منه قهراً بخلاف البيع المبني على التراضي من الجانبين فلم يكن أحد المتعاوضين أولى من الاخر بالبدائة فيتقابضان معاً مع انه قدقيل فيه أيضاً بوجوب تقديم تسليم البائع أولا فيكون هنا أولى ـ انتهى .

وحيث قد تقدم ضعف الوجه المذكور ، وان اللازم التقابض فلا حاجة الى تكرار الكلام ، ثم لو عصى المشتري من التسليم مدعياً انه لم يسلمه الثمن حيث استعد لتسليم الشقص له ، وقال الشفيع : بل استعددت وانماأبى هوان يسلمني فعلى المشتري البينة ، لان الاباء عن التسليم صفة مستجدة فهي بحاجة الى الاثبات ، ولايسقط الشفعة بالادعاء ، ولذاالذي ذكرناه من التقابض:

قال الجواهرعند قول المحقق المتقدم: قد يشكل ذلك بناءاً على حصول الملك المزبور بان الشفعة معاوضة أوكالمعاوضة يعتبر فيها التقابض لاتقديم الثمن اولا ثم نقل استدلال المسالك ، وقال بعد ذلك الا ان ذلك كله كماترى لايوافق اصول الامامية،بل مقتضى المزبور القول بتسليم المشتري الشقص أولا ضرورة كونه الذي هو بمنزلة البائع للشفيع ، اللهم الاان يريد بذلك أصل الابتداء من أحدهما لاالتقابض ـ انتهى .

ثم ان خاف كل منهما من الاخر لزم على الحاكم فصل النزاع ، وجعل ثالث أوبالتقبل منهما ثم رد عليهما متبادلا أوغير ذلك كما ذكروا في بعض كتب المعاملات .

(مسألة ـ ١٩ ـ) قال في الشرائع : لو بلغه ان المشتري اثنان فترك فبان واحداً أو واحداً فبان اثنين أو بلغه انه اشترى لنفسه فبان لغيره أو بالعكس لم يبطل الشفعة لاختلاف الغرض في ذلك .

وقال في المسالك: المرجع في هذه الفروض ونظائرها الى كون التأخير لغرض صحيح أو عذر مقبول لايخل بالفورية المعتبرة ومما يختلف الاغراض باختلافه زيادة الشركاء ونقصانهم وخصوصيات الشريك وذلك أمر واضح ـ انتهى .

ولو قال المشتري : انه يكذب في ادعائـه هذه الأعذار فانه لم يرد الشفعة حين علم ، وانما استثنى رأيه بعد ذلك فيبدى العذر ليحق له الاخذ فلـه على الشفيع ان لم يقم البينة الحلف، كماهو مقتضى القاعدة في الدعاوي .

(مسألة ـ ٢٠) قال في الشرائع: اذا كانت الارض مشغولة بزرع يجب تبقيته فالشفيع بالخيار بين الاخذ بالشفعة في الحال، وبين الصبر حتى يحصد لان له في ذلك غرضاً، وهو الانتفاع بالمال وتعذر الانتفاع بالارض المشغولة وفي جواز التأخير مع بقاء الشفعة تردد. وفي المسالك: المراد بالزرع الذي يجب تبقيته ماوقع باذن الشفيع لانه شريك حيث لاينافي الاخذ على الفور ، أو بعد القسمة على أحد الوجوه التي صورناها سابقاً، وحينئذ فالزرع لايمنع الاخذ عاجلا، وان لم ينتفع بالارض فان ذلك لايمنع المعاوضة، كما لواشتراها مشغولة بزرع البائع وعليه تبقيته مجاناً الى أوان حصاده لانه تصرف بحق وله امد ينتظر بخلاف الغرس والبناء، حيث لايزالان الا بالارش ـ انتهى .

ولا يخفى مافي بعض هذا القول ، وان قال به في القواعد والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد كماحكي عن بعضهم، اذ غاية مايذكر في حجته انه تصرف بحق لانه تصرف بعد القسمة الشرعية أو بالاذن مع الاشاعة وله أمد ينتظر فتكون مدته كالمنفعة المستوفات للمشتري ، ولا كذلك الغرس والبناء فانهما لاأمد لهما ينتظر فيه القلع ، ومن الواضح ان مثل هذا الوجه لا يصلح فارقاً بين الغرس والزرع ، فاذا كان للمشتري الحق في الابقاء كان له ذلك فيهما ، واذا لم يكن له الحق فيهما ووجود الأمد القريب والبعيد لايؤثر في الحق، ولذا قال في الجواهر بعد ذكر حجتهم : لكنه كماترى لا يرجع الى دليل معتد به شرعاً، خصوصاً اذاكان الزرع بعد القسمة على الوجه الشرعي فأخذ الشفيع بالشفعة، فانه لم يكن اذن من الشفيع بالزرع حتى يكون كالعارية التي قد عرفت البحث فيها سابقاً ، ودعوى كونه حينئذ كالمشتري للارض ذات الزرع يدفعها بعد التسليم امكان منع الحكم في المشبه به اذا لم

يكن عرف يقتضي ذلك على وجه يكون كالشرط المضمر ، على ان مقتضى ما ذكروه من الامد عدم تسلط الشفيع على فسخ الاجارة لووقعت من المشتري لان لها أواناً ينتظر، ولعلـه لذا قال فى جامع المقاصد: لو آجر المشتري الى مدة فأخذ الشفيع فهل له فسخ الاجارة من دون ترجيح، ولكن لايخفى عليك مافيه، خصوصاً مع فرض طول مدة الاجارة ، وبالجملة هذه اعتبارات لاتوافق اصول الامامية ـ انتهى .

ومنه يعلم ان فرق مفتاح الكرامة بين الاجارة وبين الزرع بقوله: والظاهر عندنا ان له الفسخ فى الاجارة والالازم الضرر على الشفيع ولاسيما اذا كانت المدة طويلـة تزيد عن أمد الزرع والثمرة ولاضرر فى الفسخ على المشتري ولماكان في قلع الزرع ضرر عليه أو جنباً عليه الابقاء ـ انتهى .

غيرظاهر، اذ لوكان حق الشفيع سابقاً لميفرق بين طول المدة وقصرها ، واذا لميكن حق الشفيع سابقاً لميكن الفرق أيضاً، وحيث قد عرفت سابقاً ان ظاهر دليل الشفعة ان له ان يأخذ الشقص فارغاً ، فلافرق بين الزرع والشجر والبناء والاجارة والعاريـة وغيرها من انحاء المعاملات حتى اللازمة منها بأن كانت العارية أو الوديعة أوماأشبـه لازمة للشرط فى ضمن عقد ونحوه، ولذا كان المحكى عن جامع الشرائع انـه يجبر المشتري علـى القلع بعد ضمان الارش كالغرس .

أما الكلام فى الارش، فقد تقدم وجه كلا الاحتمالين ، وان قال الجواهر هنا: المتجه بناءاً على ماذكرناه عدم الارش، وان كنا لمنجد القائل به .

ثم ان المسالـك قال : وهل له تأخير الاخذ الـى ان يحصل الزرع فيه وجهان :

أحدهما: وهو اختيار الشيخ وقواه في الدروس الجواز لانه لاينتفع الان بالشقص لو أخذه فلايجب عليه بذل الثمن الموجب للانتفاع به بغير مقابل ، ويلزم من عدم وجوب بذلـه جواز تأخير الاخذ ، لان تعجيلـه ملزوم لتعجيل الثمن ، ولان تأخير بذل العوض الذي لم يحصل فائدة عوضـه غرض مطلوب للعقلاء فيكون ذلك عذراً مسوغاً للتأخير .

والثاني: العدم، لان الشفعة على الفور، ومثل ذلك لايثبت عذراً،كما لو بيعت الارض في غير وقت الانتفاع، فانه لايجوز تأخير الاخذ الى وقته اجماعاً والمصنف تردد في الحكم لماذكرناه من التوجيهين ، والثاني منهما لايخلو من قوة ، ومثله مالوكان في الشقص شجر عليـه ثمر لايستحق بالشفعة وأولى بالعدم هنا لان الثمن لايمنع الانتفاع بالمأخوذ ـ انتهى .

أقول : جواز التأخيـر منقول عن المبسوط والارشاد وشرحـه لولده والدروس خلافاً لمختار التذكرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد حيث قالوا بأنه لا يجوز لـه التأخير وهو المستظهر من التحرير ، وقـد تقدّم قول المسالك : انه لايخلو من قوة لماعرفت من ان الشفعة علـى الفور ومثل ذلك لايثبت عذراً، لكن مقتضى القاعدة القول الثانـي اذا قلنا بالفورية ، اذ الوجه المذكور للتأخير غير ظاهر، وان قال في الجواهر: لايخفى عليك قوة الاول لان الشفعة وان كانت على خلاف الاصل الا انه بعد تعلقها يكون مقتضى الاصل بقائها بعد عدم دليل على الفورية على وجه ينافي ذلك، خصوصاً بعدماسمعت ماذكروه من الاعذار التي لاتنطبق الا على ارادة سقوطها مع اهمالها رغبة عنها لامع الغرض المعتد به عند العقلاء ـ انتهى .

فان الاعذار المذكورة سابقاً أيضاً لايمكن اطلاق القول بجواز التأخير

فيها الا ماذا كان عن جهل أو ما أشبه ، وقد تقدم دلالة رواية علي [1] بن مهزيار وغيرها على الفورية بالمعنى العرفيـة ، فلوقيل بحق المشتري فى بقاء زرعه كان مقتضى القاعدة فى الجمع بين الحقين الفوريـة من هذا الجانب والحق في بقاء زرعه من ذلك الجانب، لاان ذلك يوجب سقوط الفورية المستفاد من النص والفتوى على ماذكروا .

ومنه يعرف ، حال ماذا رهنه المشتري أوجعله مخزناً لايمكن افراغه الاّ بعد مدّة طويلـة كالبناء والشجر أو قصيرة كالزرع لان الملاك فى الجميـع واحد .

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

(مسألة ـ ٢١ ـ) قال في الشرائع: اذا سأل البائع الشفيع الاقالة فأقاله لم يصح، لانها انما تصح بين المتعاقدين. وفي المسالك: سبيل الاقالة ان يقع بين المتبايعين لانها فسخ للبيع ولا يفسخه بالاقالة الا من ملك العوض والشفيع قبل الاخذ بالشفعة ليس بمالك ، وانما ملك ان يملك وبعده ليس بمشتر فلا تصح الاقالة بينه وبين البائع ولا بينه وبين المشتري وهو ظاهر ـ انتهى .

وفيه نظر، لان الشفعة معاملة بين المشتري وبين الشفيع ، فيشملها اطلاق أدلة الاقالة، فلاوجه لعدم صحة الاقالة بينهما .

نعم الاقالة بين الشفيع وبين البائع لاوجه لها ، لانه لاتعامل بينهما ، فاذا أراد البائع الاقالة بينهما كان باطلا ، أمّا اذا أراد الاقالة بين الشفيع وبين المشتري شفاعة للمشتري ورغب المشتري في ذلك صحت الاقالة لشمول أدلتها له .

وعلى هذا ، فتصح الاقالة بين الشفيع والمشتري سواء طلبها الشفيع أو المشتري ، ولاتصح الاقالة بين البائع والشفيع سواء طلبها البائع أوالشفيع ، ثم اذا رجع الشقص الى المشتري صحت الاقالة بين المشتري والبائع ـ كما ليس بالبعيد ـ فتأمّل .

(مسألة ـ ٢٢ ـ) قال في الشرائع : اذا اشترى بثمن مؤجل ، قال في المبسوط: للشفيع أخذه بالثمن عاجلا، وله التأخير وأخذه بالثمن في محله ، وفي النهاية يأخذه عاجلا ، ويكون الثمن عليه ، ويلزم كفيلا بالمال ان لم يكن ملياً وهو أشبه ـ انتهى .

وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : ولو كان الثمن مؤجلا فللشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن ملياً كما في المقنعة والنهاية والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والدروس والمقتصر وجامع المقاصد ومجمع البرهان ، ولعله قد يظهر من التنقيح والمهذب البارع والمسالك وهو قول الاكثر كما في جامع المقاصد ، والاشهر كما في المسالك وعليه عامة من تأخر كما في الرياض ، وقد يلوح من جامع المقاصد الاجماع ، وفي الخلاف نسبته الى قوم من أصحابنا وهو يرشدان به قائلا غير المفيد ممن تقدم عليه ، ثم قال : والمخالف الشيخ في المبسوط والخلاف وأبوعلي والطبرسي فيما حكى عنهما فقالوا : ان الشفيع يتخير بين أن يأخذ بجميع الثمن حالا أو يصبر الى انقضاء الاجل أو يأخذ بالثمن في وقت حلوله ، ومقتضى القاعدة هو ما ذكره المشهور، لان أدلة الشفعة تدل على انها على الفور من ناحية، ومن ناحية اخرى ان الشفعة تكون كالبيع الذي وقع بين المالك للشقص والمشتري ، وحيث كان البيع بالاجل تكون الشفعة بالاجل كذلك ، والاستدلال لقول المبسوط وغيره باختلاف الذمم في ذلك فيجب أما حالا وأما الصبر الى وقت الحلول ولاينافي ذلك الفورية بعد أن كان التأخير لغرض معتد به عند العقلاء ، وليس هو للرغبة عن الشفعة، غير ظاهر الوجه، فان اختلاف الذمم لايوجب تخصيصاً في أدلة

الشفعة ، ولم يدل دليل على جواز كل تأخير لغرض معتد به عند العقلاء كما تقدم الكلام في ذلك ، ولذا قال في الجواهر : ان هذا القول يستلزم أحد محذورين أما اسقاط الشفعة على تقدير ثبوتها أو الزام المشتري بزيادة لاموجب لها ، وكلاهما باطلان، لانه ان جوزنا له التأخير لزم الامر الاول ، والمفروض انها على الفور على ماأعترف به الخصم ، وان لم نجوز له التأخير ألزمناه بزيادة صفة وهي تعجيل الثمن من غير موجب ـ انتهى .

ثم قال : وعدم تساوي الذمم الذي ذكره الخصم لايقتضي ماعرفت من التخيير لامكان التخلص بالكفيل الوفي الملي مع فرض عدم كون الشفيع كذلك فتبقى الشفعة حينئذ على الفور بعد سقوط العذر ـ انتهى .

بل لعله ظاهر قوله عليه السلام (1) : هو أحق بها من غيره بالثمن . ويؤيده ان الثمن المؤجل يسبب نقص القيمة بينما الثمن المعجل يسبب زيادة القيمة فكيف يكلف الشفيع بالثمن الاكثر بغير مبرر له من تضخم ونحوه .

ومنه يعرف وجه النظر في قول الرياض حيث ناقش بأن الخبر المزبور لم يدل الا على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع وهو لايستلزم وجوب الاخذ بالشفعة حالا الا على تقدير اعتبار الفورية ، والمفروض عدمه، فالمتجه على هذا التخيير بين الامرين الذين ذكرهما في المبسوط والخلاف وبين ماذكره الاصحاب وهو في غاية القوة ان لم يكن احداث قول ثالث في المسألة ، اذ فيه ان الفورية تفهم من دليل آخر ، ولامقيد لذلك الدليل بما اذا كان الثمن مؤجلا وكأنه لذا قال في الجواهر: لكن في قول الرياض انه لاوجه حينئذ لجواز

---

(1) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

التأخير بعد فرض مشروعية الشفعة بالاجل ضرورة امكان الفور بالشفعة بلاضرر على الشفيع ولاوقع لقوله : (والمفروض عدمه) ضرورة ان الاشكال على القول بالفورية لاعلى التراخي الذي يمكن معه تأخير الشفعة الى وقت الحلول، وما سمعته من الدليل مبنى على الفور والشيخ رحمه الله جعل التأخير للعذر الذي لاينافي الفورية الذي هو قد اعترف به ـ انتهى .

أما قوله : نعم على التراخي ، يتجه البحث أيضاً في ان له الشفعة معجلة مع بقاء الثمن في ذمته الى الاجل أو لا ، بل يؤخرها الى الاجل لان الذمم غير متساوية ، فيرد عليه انه لاوجه للتأخير مع فورية الشفعة ولاربط بمسألة الاجل مع هذه المسألة .

أما قول الجواهر :كما انه قد يناقش المشهور بمنافاته لما سمعته منهم من وجوب دفع الثمن أولالتوقع استحقاق الشفعة عليه ،أولانه جزء مملك أوشرط كاشف ، أولان ذلك حكم تعبدي للشفعة، وان لم يتوقف عليه ملك ، واحتمال اختصاص ذلك بغير المؤجل مجرد تهجس لايساعد عليه شيء من الادلة التي هي ، مضافاً الى اطلاق أدلة الشفعة قوله عليه‌السلام (١) : هو أحق بها من غيره بالثمن، ومافي المكاتبة (٢) من انه ليس للشفيع الا الشراء والبيع الاول .

وخبر علي (٣) بن مهزيار المشتمل على بطلان الشفعة بالتأخيرعن الثلاثة أيام في المصر ، وفي غيره بعد مضى مقدار الذهاب والاياب اليه كما عرفته سابقاً ، وليس في شيء منها تعرض الثمن المؤجل ـ انتهى .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

محل نظر ، اذ اختلاف أولئك هنا دليل على الاختصاص بغير المؤجل ، والروايات لاتدل على ما ذكره الجواهر ، بل على خلافه كما تقدم الالماع الى ذلك في قوله عليه السلام: هو أحق بها من غيره بالثمن ، بل هو ظاهر قوله : الا الشراء والبيع الاول . فانه يدل على لزوم ان يكون الاخذ بالشفعة كالبيع الاول في جميع الخصوصيات، فاطلاق الروايتين، بل غيرهما يشمل البيع المؤجل أيضاً ، ولايوجب ذلك اختلافاً في كيفية التملك بالشفعة ، بل ان ذلك مقتضى ان يكون للشفيع هو البيع الاول ، فقوله بعد ذلك[1] : (على ان مقتضى ذلك اختلاف كيفية التملك بالشفعة في المؤجل وغيره والنصوص كادت تكون صريحة في اتحاد كيفيتها) محل ايراد ، كما ان قوله بعد ذلك : وأيضاً لو كان المراد من الثمن في النصوص المزبورة ما يشمل المؤجل لكان المتجه اعتبار جميع ما يذكر شرطاً فيه بين المشتري والبائع من المكان والرهن والكفيل وغير ذلك ، اذ لافرق بين اشتراط الزمان لادائه واشتراط غيره من المكان ونحوه مما يرجع اليه ولا اظن أحداً يلتزمه ـ انتهى .

محل نظر ، اذ يرد عليه لزوم القول بذلك ، لان للشرط قسطاً من الثمن ، فاذا شرط المشتري على الشريك خياطة ثوبه أو بالعكس أو ما أشبه رآه العرف جزءاً من الثمن ، فيشمله قوله عليه السلام[2] : بالثمن . وقوله عليه السلام[3] : الا الشراء والبيع الاول ونحوهما ، بل هو المستفاد عرفاً من الشفعة العرفية والشارع لم يغيرها ، بل قررها ، فمقتضى ذلك ان تكون الشفعة الشرعية أيضاً كذلك .

---

(١) انظر الجواهر : ج ٣٧ ص ٣٨٨ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

أمـا قوله : بعد ذالك وأيضاً اذا فرض شمول النصوص المزبورة للمؤجل على أجله ، فلا وجه للمطالبة بالكفيل بعد عدم ثبوت الحق ، ودعوى اختلاف الذمم في ذلك لاترجع الى دليل معتبر يوافق اصول الامامية بحيث يقطع به اطلاق الادلة ويسقط الحق الثابت منها مع فرض تعذر الكفيل عليه ، خصوصاً مع العلم بحال الشفيع ، وانما يناسب هـذه الاعتبارات مذاق العامة القائلين بذلك كاحمد ومالك والشافعي في القديم ـ انتهى.

محل مناقشة،فان الكفيل من باب الاستيثاق المشمول لقوله ﷺ[1] : لاضرر وغيـره .

نعم لايشترط الكفيل فقط ، بل كل ما يرفع الضرركالرهن وغيره .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر أيضاً حيث قال : وأيضاً يتجه عليه انه لايجب على المشتري قبولـه فضلا عن البائع لو بذله الشفيع حالاً لتعذر الكفيل مثلا ،كما لايجب على البائع قبوله من المشتري كذلك ، اذ الأجل حق لهما ويمكن ان يكون للمشتري غرض بالتأخير وظاهر المفيد ، بل صريحه في المقنعة التزامه بذلك ـ انتهى .

اذ اللازم القول بـذلك ولاينقض كلامهم بقول المفيد (رحمه الله) كما ان اشكال الرياض فيه ، بناءاً على مذهب المشهور بقولـه : ولايبعد اللزوم عليه التفاتاً على ان الحكم بالتأجيل في حق الشفيع انما هو مراعاة لحقه واستخلاصاً له عن لزوم التعجيل به ، فاذا أسقط حقه وتبرع بالتعجيل فلا موجب للمشتري عن عدم قبوله مع دلالة الاطلاقات على لزومه ـ انتهى .

غير ظاهر لما عرفت من انه حق لهما لا لاحدهما فقط .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .

أما قول الجواهر : مضافاً الى منافاته للارفاق بالشفيع الذي ثبتت له الشفعة مراعاة للضرر عليه ، ولاريب في حصول كمال الضرر عليه بالزامه بالكفيل وعدم قبول الثمن حالاً منه على وجه تسقط شفعته ان لم يتيسر له ذلك ـ انتهى .

فغير ظاهر حيث ان أخذ الثمن قد يكون ضرراً على المشتري ولاضرر الشفيع يسقط بلاضرر المشتري ومع تساقطهما يرجع الى القواعد الاولية . أما قوله : وأيضاً قد عرفت ان الشفعة على خلاف الاصل والمتيقن من ترتب الاثر على الاخذ بها مع دفع الثمن فعلا ، بل ان لم يكن اجماع على كفاية الصبر من المشتري في ذمة الشفيع امكن المناقشة في ثبوتها فيها على وجه يكون ديناً له على الشفيع ، ويملكه بالايجاب من الشفيع خاصة ، فيرد عليه ان الاصل لايقاوم اطلاق الادلة التي قد عرفت دلالتها على الاخذ بالشفعة حالا وتأجيل الثمن والالتزام بسائر الشروط ، فقول الجواهر وعلى كل حال ، فقد ظهر لك من ذلك كله ان المتجه حينئذ اعتبار الحلول عليه متى أخذ بالشفعة ليتم ملكه للشقص ، ولظاهر قوله عليه السلام : أحق بالثمن[1] والمراد منه من حيث المقدار ، وخبر ابن مهزيار[2] وغير ذلك مما أشرنا اليه ، محل نظر ، اذ قد عرفت ان الخبرين وغيرهما دال على خلاف كلامه (رحمه الله) كما ان مما تقدم من أدلة الفورية العرفية يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر أخيراً بقوله : نعم هل يكون التأجيل للمشتري عذراً للشفيع لو أراد التأخير بشفعته من حيث الزيادة له ، بناءاً على الفورية ، وجهان لا يخلو أولهما من قوة ، بناءاً على ما تكرر منا غير مرة من ان مقتضى

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٤ الباب ١٠ ح ١ .

اطلاق الادلة ثبوت حق الشفعة على الدوام ، والضرر على المشتري بذلك هو الذي أدخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعة غير ملاحظ لما يسقطها ، ولكن للاجماع المحكى أوغيره قلنا بسقوطها مع الاهمال رغبة عنها من حيث كونها كذلك لالغرض معتد به عند العقلاء ، وبعد تسليم عدم كون ذلك عذراً مجوزاً للتأخير لامدخل له فيما ذكرناه من انّ الشفعة على الحلول مطلقاً ـ انتهى .

اذ قدعرفت ان مقتضى الادلة، بل مقتضى العرفية أيضاً التي قررها الشارع الفورية العرفية، فليس لماذكره من الاطلاق فى حقه في الاخذ باستثناء صورة الاهمال رغبة عنها دليل، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٢٣ ـ) قال في الشرائع: قال المفيد والمرتضى (رحمهما الله) الشفعة تورث . وقال الشيخ : لاتورث تعويلا على رواية طلحة[(١)] بن زيد وهو تبرى والاول أشبه تمسكاً بعموم الاية ـ انتهى .

أقول: في المسألة قولان المشهور على انها تورث وغير المشهور على انها لاتورث .

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة : والشفعة موروثة كالمال على رأى هو خيرة المقنعة والانتصار والخلاف في باب البيع والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد والتبصرة والمختلف والدروس والحواشي واللمعة والمقتصر والتنقيح وغاية المرام فيما حكى عنه وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح والرياض وكذا التذكرة والايضاح وهو المحكى عن أبي علي، وظاهر الانتصار الاجماع عليه حيث قال : الشفعة تورث عندنا ، وفي جامع الشرائع انه الاصح عند أصحابنا ، وفي التنقيح ان عليه الفتوى ، وفي السرائر انه الاظهر من أقوال أصحابنا، وانه مذهب المفيد والمرتضى وجملة أصحابنا وقصر الخلاف على الشيخ في النهاية وقال : انه رجع في الخلاف الى الوفاق ، وقال : بعد ذلك انما تمسك من ذهب الى انها لاتورث بأخبار آحاد لاتوجب علماً ولا عملا فكيف تترك بها الادلة والاجماع ، وفي المسالك انه مذهب الاكثر ومنهم الشيخ فى بيع الخلاف والمفيد والمرتضى وأبوعلي وجملة المتأخرين ، ومثله قال في الكفاية الا انه أبدل الجملة بالجمهور ، وفي الرياض تارة انه

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١٢ ح ١ .

المشهور، بل كاد يكون اجماعاً، ونسبه اخرى الى عامة المتأخرين والمخالف الشيخ في النهاية والخلاف في باب الشفعة والقاضي في المهذب وابن حمزة في الوسيلة والطبرسي فيما حكى عنه وحكى في كاشف الرموز عن الصدوق انه روي في المقنع والفقيه[(١)] خبر طلحة ولم نجده في ماعندنا من نسخ المقنع وفي مجمع البرهان لعله أظهر لمكان الادلة العقلية والنقلية الدالة على المنع، ورواية طلحة مع عدم دليل واضح يفيد ذلك، اذ شمول آية الارث[(٢)] بذلك غير ظاهر فتأمل .

وفي الخلاف انه منصوص لاصحابنا ، وفي المبسوط انه المروى وانه مذهب الاكثر ولاترجيح فيه كمالاترجيح فى الغنية ولاتعرض لذلك فى المراسم والكافي وفقه الراوندي والاول هو الاقوى ، والظاهر المشهور لعمومات أدلة الارث، ولمارواه المسالك[(٣)] والمفاتيح من قوله ﷺ: ماترك الميت من حق فهو لوارثه .

ومن المعلوم ان حق الشفعة مماترك عرفاً فيجب أن يدخل فى هذا العموم كدخوله فى سائر العمومات كسائر الحقوق كحق الخيار وحق القذف وغيرهما .

ولما تقدم مكرراً من ان حق الشفعة عرفي والشارع قرّره والعرف يرون الارث فيه ، أما المقابل لقول المشهور فقد استدلوا بخبر محمد بن[(٤)] يحيى ،

---

(١) الفقيه : ج ٣ ص ٤٥ الباب ٣٦ في الشفعة ح ٦ .

(٢) سورة النساء : الآية ٧ .

(٣) المسالك : ج ٢ ص ٢٨٠ ذيل قول الشرايع : (الشفعة لا تورث) .

(٤) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١٢ ح ١ .

عن طلحة بن زيد، عن جعفر ، عن أبيـه ، عن أبيـه ، عن علي عليه السلام انه قال : لا شفعة الا لشريك غيرمقاسم .

وقال: ان رسول الله صلى الله عليه وآله قال: لايشفع في الحدود .[1]

وقال : لاتورث الشفعة .[2]

والخبر كما لايخفى صحيح سنداً، وان كان في بعض طرقه ضعف، ويؤيده مارواه المستدرك[3] عن البحار بسنده الى علي بن اسباط ، عن ابن فضال، عن الصادق، عن أبيه، عن آبائه عليهم السلام، عن النبي صلى الله عليه وآله انه قال: الشفعة لاتورث .

ومارواه غوالي[4] اللئالي ، عن العلامة ، انه روي عـن علي عليه السلام انـه قال : لاتورث الشفعة . الا ان ذلك كله لايقاوم المشهور ، بل ادعى عليه الاجماع ، بل في مفتاح الكرامة الاجماع ظاهر من الانتصار والجامع والتنقيح ، بل هو معلوم من المتأخرين ولم يجزم بالخلاف المقدس الاردبيلي ، فلاخلاف فيـه أصلا ، بل الاجماع صريح السرائر في آخر كلامه ، ولذا قال في الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: الاول أشبه باصول المذهب وقواعده التي منها عدم الخروج بمثله عن العمومات خصوصاً بعد رجوع الشيخ في الخلاف الى الاول في [كتاب البيع] المتأخر عن الشفعة ومعلومية كون النهاية متون أخبار ،[5] ورواية الصدوق له أعم من عمله به كما لايخفى على من لاحظ كتابه فينحصر الخلاف حينئذ في نادر ، وخصوصاً بعد اضماره وموافقته للمحكى عن الثوري وأبـي

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٣٣٣ الباب ٢٠ من مقدمات الحدود .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٥ الباب ١٢ ح ١ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ١٠ ح ١ .

(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ١٠ ح ٢ .

(٥) النهاية (من الجوامع الفقهية) : ص ٣٤٤ س ١٣ .

حنيفة وأحمد ، ولذا قال الشرائع : تمسكاً بعموم الآية ـ انتهى .

أما حمل بعضهم للخبر بأن الغالب في الورثة الاخلال بالفورية وتأخير الطلب فلايخفى مافيه، كما ان احتجاج الشيخ لعدم الارث بأن ملك الوارث متجدد على الشراء، فلايستحق شفعة،غير ظاهر لماأجيب عنه بأنه يأخذ مااستحقه مورثه وحقه سابق فلايقدح تجدد ملكه ، والعمدة هو اعراض المشهور قديماً وحديثاً حتى انه لم يثبت القول به الا عن نادر جداً، ومثل هذا الخبر لايمكن العمل به ، اذ هو مشمول للملاك في قوله عليه السلام (١): خذ بما اشتهر بين أصحابك، ودع الشاذ النادر ، فان المجمع عليه لاريب فيه .

أما بالنسبة الى غير الشيعة ، فان رأوهم الشفعة سواء كانوا من المخالفين أوالكافرين حكمنا لهم بها ، أما اذا لم يقولوا بالشفعة فلانقول بها لهم ، كما هو مقتضى الزموهم بما التزموا به ، ولولم نعلم هل ان الميت أسقط شفعته أم لا ؟ فالاصل البقاء، كمانه لولم نعلم هل ان الميت قائل بالشفعة أولانقول بها.

أما اذا علمنا بأن الميت لايقول بالشفعة، فالظاهر أخذ الوارث القائل بالشفعة بها ، اذ عدم اعتقاد الميت لايضر ، فهو مثل ماذا كان الميت يعتقد اجتهاداً أو تقليداً انه لايملك شيئاً ، بينما وارثه يعتقد انه كان يملكه ، فان له الحق فيه .

أما اذا انعكس بأن كان الوارث لايعتقد بالشفعة والمورث يعتقد بها كما في تعدد الشركاء ، فلاحق للوارث في الاخذ بها ، ولو اختلف الوراث تقليداً أواجتهاداً في حق الاخذ بها وعدمه كان لكل حكمه ويكون حكم أخذ بعضهم دون بعض ماسيأتي .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٧٥ الباب ٩ من صفات القاضي ح ١ .

نعم اذا كان الميت مخالفاً مثلاأوكافراً لايقول بالشفعة والوارث يقول بها، لايتمكن الوارث من الاخذ بها، اذ مقتضى الزام الميت بما التزم به انهلاشفعة له ، وحيث لم تكن له الشفعةفلاحق حتى يرثه الوارث،كما انه اذا كانالمورث مطلقاً زوجته ثلاثاً في مجلس واحد بلاعدول و كان الوارثلايرى ذلك لكونه شيعياً، فانه لاحقللزوجة على الوارث في النفقة حيث انالتزام الميت بانفصال الزوجة يفصلها فلاتبقى زوجة حتى يكون لها حق على الوارث فـي النفقة ، وان كان بعض ذلك بحاجة الى التأمل .

(مسألة ـ ٢٤ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: وهي أي الشفعة بناءاً على انها تورث كالمال تقسط على النصيب لاالرؤس، ولوترك زوجةمثلا وولداً فللزوجة الثمن وللولد الباقي بلاخلاف أجده فيه بيننا، وان توهم ذلك من عبارة المبسوط قال: فمن أثبت الميراث في الشفعة ورثه على فرائض الله، فان خلف زوجة و ابناً كان لها الثمن و الباقي لابنه ، وعلى هذا ابداً عند من قسمه على الانصباء، ومن قسمه على الرؤس جعله بينهمانصفين، وقال في القواعد والشفعةموروثةكالمال على رأي سواء طالب الموروث أم لا ؟ فللزوجة مع الولد الثمن ، وفي مفتاح الكرامة خص المثال بالزوجية لدفع توهم انها لاترث من الشفعة من حيث انها تحرم من الارض عيناً وقيمة، ومن عين الاشجار ونحوها، فلو بيعت الارض وحدها ، ولم يكن للزوجة ولد فلاشفعة لها ولو بيعت مع الاشجار والابنية ، فكذلك على الاظهر الا أن يكون للارض شرب فلها الشفعة لان لها حقاً في الماء، وقد نبه المصنف بذلك أيضاً على ان القسمة على السهام، كما طفحت به عبارات أصحابنا من غير خلاف أصلا منهم ممن تعرض له ـ انتهى .

والظاهر انه لاوجه لتقييد الجواهر عبارة الشرائع ومفتاح الكرامة عبارة القواعد، فان مقتضى القاعدة ان الشفعة تورث مطلقاً للزوجة كغيرها، فالزوجة لها الحق وان لم يدخل العين في ملكها ، كما ذكرنا تفصيل ذلك في [كتاب الارث] ولامنافاة بين حق الانسان وعدم دخول شيء في ملكه ، كما اذا كان حق الخيار للاجنبي،والظاهر ان كون الشفعة على الرؤس لاعلى الانصباء والحصص قول العامة لاالخاصة ، وان كان المحكي عن المختلف انه بعد ان ذكر ماعن المبسوط قال : ان كلامه الاخير يصير المسألة خلافية ، ولعله أراد بالخلافية

بين العامة والخاصة مجموعاً لابين الخاصة ، ولذا قال في محكى التذكرة : اختلفت الشافعية ، فقال بعضهم: ان الشافعي قال: انها على عدد الرؤس، ونقله المزني عنه ، وقال بعضهم: هذا لايحفظ عن الشافعي ، فان الجماعة اذا ورثوا أخذوا الشفعة بحسب فروقهم قولا واحداً ، لانهم يرثون بالشفعة عن الميّت لانهم يأخذونها بالملك ـ انتهى .

فان مقتضى القاعدة بعد كونها مورثة ان كل انسان يرث منه بقدر حقّه لاأكثر من ذلك أو أقل، ولذا قال في الجواهر بعد نقله: بعض الاقوال المذكورة والمنقولة في مفتاح الكرامة أيضاً ، ومن الغريب بعد ذلك كله مافي الرياض من دعوى ان الحجة على ذلك غير واضحة عدا ما استدلوا به لاثبات أصل المسألة من عمومات الارث ، وهو حسن ان بلغ درجة الحجية كما ظنوه والا (كما ذكره بعض الاجلة، ولعله لايخلو من قوة) ففيه مناقشة والاصل يقتضى التسوية، لكن المخالف لهم غير معروف ، وان ذكروه قولا ، والظاهر انه من العامّة كما يستفاد من جماعة ـ انتهى .

فانه أي أصل يقتضي التسوية مع ان الحقوق يجب أن تكون حسب اختلاف الحصص ، ولادليل خاص يخرج الحقوق عن عمومات الارث .

وكيف كان ، فمما ذكرناه يظهر وجه النظر في استثناء الجواهر بقوله : (اللهم) حيث انه قال : ثم ان ذكر الزوجة في المتن وغيره لبيان انها لاتحرم من الشفعة ، وان حرمت من بعض الاشياء ، بل قد يقال: انه لبيان انها ترث الشفعة في العقار ، وان لم تكن ترث من الشقص الذي استحق به المورث الشفعة، فهي تشارك الورثة في الشفعة دون الشقص الذي انتقل اليه من المورث فان استحقاقهم الشفعة ليس للشركة ضرورة تجدد ملكهم، بل هو للارث المشترك

بينهم وبينها في سببه المستفاد من الكتاب والسنة، اللهم الا ان يقال: انهاتمنع من الارث للعقار وللحق المتعلق به المقتضى بانتقاله أيضاً، خصوصاً مع ملاحظة ماورد من حكمة منعها من الارث منه مؤيداً بأن ارث الشفعة انما يكون بارث سببه ، والفرض عدم ارثها في الشقص الذي هو سببها ــ انتهى .

ولذا قال بعد ذلك الا ان الجميع كما ترى ، وظاهره ان مراده بالجميع ماذكره بعد قوله: اللهم نعم ذكر بعد قوله : ان الجميع كما ترى ماينافي ذلك فانه قال: وعليه قد يتصور ارثها للشفعة بالشركة في الشرب فانها ترث منه ويتبعه ارثها للشفعة حينئذ .

وكيف كان، فمقتضى القاعدة كما عرفت ارثها، وان يكون ارثها حسب الحصص ، فلها الثمن أوالربع ، ولوقيل بأن المورث اذا لم يكن له أحد في كل الطبقات الا الامام ترث الزوجة كل ماتركه فهي ترث أيضاً كل حق الشفعة فترجع الارض الى الميت ، ويكون حالها حينئذ حال اذاما مات الميت وترك أرضاً ولاوارث له اطلاقاً الا الزوجة والامام، كما ذكرنا تفصيل ذلك في [كتاب الارث] وانها هل ترث الارض أولاترث ؟ وكذلك اذا كان للميت أرض فقط ووراث ومنهم الزوجة حيث ان حرمانها حينئذ من الأرض بمعنى حرمانها عن الارث مطلقاً لفرض انه ليس للميت الا الارض لانصراف الادلة الى ما اذا كان للميّت الارض وغير الارض حيث ترث الزوجة من غير الارض ولاترث من الارض .

أما اذا كان للميت الارض فقط ، فالزوجة ترث أيضاً على مابيّنا تفصيله في [كتاب الارث] .

ثم بناءاً على حقها في الشفعة وان لم تستحق من العين لوأخذت الزوجة

كان لهم الحق في الاخذ كلا ، ولولم تأخذ الزوجة كان لسائر الورثة الحق في الاخذ بقدر حقهم ، أي ثلاثة الارباع مثلا ، أما بالنسبة الى الربع الاخر فانّ الشفعة حيث كانت حقّاً للزوجة ، فلاحق لهم في الاخذ بقدر الربع ، وحينئذ يلزم تبعض الصفقة على المشتري فله الخيار في الرد أوالاخذ، ولولم يأخذ سائر الورثة بالشفعة، فانه لانتيجة لاخذهاوعدم أخذها بالشفعة، لانالملك لايصح لها ولا لغيرها ، أما لها فلانها لاتملك الارض ، وأما لغيرها فلانهم لم يأخذوا بالشفعة ويكونالملكللمشتري كاملا، اللهم الا أن يقال: انها لوأخذت بالشفعة بقدر حقها ، ولم يأخذ سائر الورثة رجع الملك الى الميت بقدر حق الزوجة وعليها اعطاء الثمن ربعاً أوثمناً ، واذا دخلت الارض في ملك الميّت كانتلسائر الورثةفهي أعطت المال بدون أن تأخذ مقابلا لها، اذ تكون الارض المأخوذة للورثة ، فاذا كان لذلك اعتبار عرفي ، كما ليس بالبعيد يكون لها حق الشفعة .

نعم المشتري له حق الفسخ باعتبار خيار تبعض الصفقة عليه ، حيث ان الربع أوالثمن من الارض رجع الى الشفيع لاالكل ، وقد تقدم الكلام فيان الشفيع له حق أخذ البعض، وانما يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة، لاكما ذكره جماعة من انه لاحق للشفيع في الاخذ بالبعض اطلاقاً على مانقلناهسابقاً عن الجواهر وغيره .

وبذلك كله ظهرت الصورالاربع للمسألة من أخذ الزوجة وعدم أخذها، وعلى كل حال أخذ سائر الورثة وعدم أخذهم .

وكيفكان، فقد قال في الشرائع: لو عفا أحد الوراث عن نصيبهلمتسقط، وذلك لاطلاق أدلة الشفعة الشاملة للمقام .

نعم ينبغي ان يقيد بأنه للمشتري حق الخيار لتبعض الصفقة عليه كماتقدم أما احتمال ان الوارث للشفيع الذي لايريد حقه هنا ونفس الشفيع له أن يعوض أويهب حقه للاخر من وارث آخر أوغريب ففيه ان كون حق الشفعة قابلا للهبة و التعويض مع كون الاصل عدمه والعرفية ليست أكثر من حق نفس الشفيع ووارثه خلاف مقتضى القاعدة .

ثم لايخفى وجه النظر في تعليق الجواهر حيث علق على قوله: (لم تسقط الشفعة) بقوله: وان قلنا بالسقوط لووقع ذلك عن المورث الذي لاشريك له فيها ، بناءاً على منافاة مثله للفورية، والفرض عدم صحة التبعيض منه ، بخلاف الفرض الذي قد اشترك فيه جميع الورثة فلايسقط الحق بعفو البعض ، نعم لو فرض ان الوارث واحد وعفا عن البعض سقطت ، بناءاً على السقوط بمثله في المورث ـ انتهى .

اذ قد عرفت سابقاً وجه النظر في هذا الاحتمال ، وحينئذ فحال الوارث حال المورث، فكما ان المورث اذا أخذ بالبعض كان له ذلك، وان كان للمشتري خيار تبعض الصفقة كذلك الوارث اذا أخذ بعض حقه فقط ، أوأخذ بعض حقه فقط ولم يأخذ سائر الورثة، صح ذلك، وان كان للمشتري خيار تبعض الصفقة .

أما قول الشرائع بعد ذلك: وكان لمن لم يعف أن يأخذ الجميع، ففيه نظر اذ قد عرفت انه الشفعة لاتعوض ولاتوهب ، فلماذا يكون لبعض الورثة أزيد من حقه، وان علله الجواهر بقوله : لان عفوه انما يسقط استحقاقه نفسه الاخذ لاالشفعة عن مقدار حقه لما عرفت من عدم تبعض الشفعة، والفرض ان مصدرها هنا واحد ، فليست الا شفعة واحدة ، وان تكثر المستحق لها على وجه توزع

عليهم على قدر النصيب لو أخذوا بها ـ انتهى .

وعليه فمن لم يعف له الحق في أخذ البعض مما هو حقه ان رضي المشتري ولم يأخذ بخيار تبعض الصفقة، والا فالامر كما اذا أخذ نفس المورث الشفيع ببعض حقه دون بعض .

لايقال : كيف يسقط حق وارث باسقاط وارث آخر ؟

لانه يقال: ان ذلك مقتضى الدليل، فالاكثر من مادل عليه الدليل يحتاج الى دليل، ولاوجود لمثل ذلك الدليل في المقام، فحال المقام حال ماذا حرر بعض المشتركين في العبد حصته حيث تتحرر الحصص الاخرى للملاك الاخرين ومثل ذلك موجب لتخصيص دليل سلطنة الناس على أموالهم ، وكأنّه لما ذكرناه قال المحقق أخيراً : وفيه تردد .

وعلى هذا، فالظاهر ان الوجه هو المحكي عن التذكرة حيث قال: الوجه ان حق العافي للمشتري ، لانهما لو عفوا معاً لكان الشقص له ، فكذا اذا عفا أحدهما يكون نصيبه له ، بخلاف حد القذف ، فانه وضع للزجر ، فلله تعالى فيه حق .

أقول : ومثل حد القذف حق القصاص ، حيث ان بعض الورثة لهم حق القصاص ، لكن يلزم ان يرد على ولي المقتول مثلا التفاوت ، كما ذكر في [كتاب القصاص] مفصلا .

وكيف كان ، فحال الوراث المتعددين حال الشركاء المتعددين اذا قلنا بثبوت الشفعة مع الكثرة .

ومنه يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث قال : وبذلك ظهر لك الفرق بين المقام وبين العفو من أحد الشركاء ، بناءً على ثبوتها مع الكثرة لانها باعتبار

تعدد مستحقيها اصالة كانت بمنزلة تعدد الشفعات: فيمكن القول بصحة عفو البعض بالنسبة الى نصيبه خاصة ولا تبعيض في الشفعة ، كما سمعته من أبي علي سابقاً، بل سمعت مايقتضي قوته ـ انتهى .

ثم انه لو عفا أحد الوراث وطالب الاخر فمات المطالب وورثه العافي فله الاخذ بالشفعة لا لما ذكره في الجواهر من استحقاق المطالب الجميع بعد عفو العافي فبموته ينتقل استحقاقه الى وارثه الذي هو العافي ، ولا يضر عفوه السابق، لان هذا حق آخر بسبب آخر غير الأول ـ انتهى .

بل لان هذا العافي قد ورث حصة المطالب لا الجميع بعد عفو العافي عن حصة نفسه كما عرفت .

وكيف كان ، فمافي القواعد والمحكى من حواشيها للشهيد من الاشكال في المسألة غير ظاهر الوجه .

أما اذا قال العافي: اني لا آخذ بالشفعة اطلاقاً لا هذا الحق الثابت لي الآن ، ولا الحق الذي استحقه بعد ذلك ، فالظاهر انه لا يسقط حقه بموت المطالب الذي انتقل اليه من مورثه المطالب ، اذ اسقاطه قبل ذلك اسقاط لما لم يجب بعد ، ولا دليل على ان مثل هذا الاسقاط ينفع في حق الشفعة ، فهو مثل ما اذا قال انسان قبل بيع أي شيء :اني اسقطت حقي في الشفعة في كل الشفع التى تأتي بعد ذلك لي الى آخر عمري ، فان ذلك لا يوجب اسقاط حقه لعدم الدليل على الاسقاط .

أما اذا عفا أحد الوراث عن حقه ، ثم أراد الاخذ لم يكن له ذلك ، لانه بعد السقوط لا دليل على الثبوت ، فحاله حال الشفيع في انه اذا أسقط شفعته

لم يحق لـه ارجاعها بعد الأسقاط ، وان رضى المشتري ، فان ذلك لايكـون شفعة ، وانما أخذ الشفيع لمال المشتري بالتراضي، ولو اسقط أحدالوارثين واثبت الاخر ، ثم ماتا ، ولم يعلم ان أيهماالمثبت ، وأيهما المسقط ،فمقتضى قاعدة العدل التقسيم بين ورثتهما، وانكان المحتمل ان يكون المجال للقرعة، الاانا ذكرنا في غير مـورد ان قاعدة العدل مقدمة على قاعدة القرعـة ، لان القاعدة لاتدع مشكلة حتى يتحقق موضوع القرعة .

ثم ان القواعد قال : ولو لم يكن وارث فهي للامام .

وقال فيمفتاح الكرامة : ففي حال الغيبة حكمها حكم سائرالميراث لمن لاوارثله ، والظاهران مراده على كلاالحالين ، أي سواء أخذ الشفيعبالشفعة ثم مات، فان الامام يرث الشقص، أوانه لم يأخذ بالشفعة حتى مات، فانالامام يرث حق الشفعة ، فان شاء أخذه ، وان شاء لم يأخذه ، ولو كان الامام شريكاً مع الوارث كالزوجة حيثلها الرابع ، والباقي للامام على القول المشهور يكون حال الامامحينئذحال وارث آخر مع الزوجة،كالولدونحوهلاطرادالدليل.

وهل للمفلس الاخذ بالشفعة ؟ الظاهر ذلك اذا كان فيه نفع للديان ، لكن المعاشر لاخذ الشفعة الحاكم لمنع المفلس من التصرف في المال ، ولوباع ديان المفلس شقصه فلشريكه الاخذ بها ،كمانه لوباع الحاكم الشقص لاجل دينونحوه، أوباعتمثلا زوجتهلاجلالتقاص لنفقتهاكان للشريك الاخذ بالشفعة، لاطلاق الادلة وعدم خصوصية بيع الشريك بنفسه .

قال في القواعد: ولومات مفلس وله شقصفباع شريكهكان لوارثهالشفعة.

وفي مفتاح الكرامة : ان الشيخ والجماعة القائلين ببقائها على حكممال الميت لم يذكروا هذا الفرع ، ولعله لانه لاشفعة له ، وهو كذلك علىالمختار

ثم قال: لكن مثل القواعد فيالفتوى ذكره التذكرة والتحريروجامع المقاصد لان الوارث هو المالك للشقص المتروك .

وقال في جامع المقاصد : هذا بناءاً على ان التركة تنتقل الى الوارث ، وان استغرقها الدين ــ انتهى .

وقد أخذ منه الجواهر بزيادة فقال : ولو مات مفلس وله شقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة ، بناءاً على المختار لانتقال التركة للوارث ، وان استغرقها الدين .

أما على القول ببقائها على حكم مال الميت ، ففي ثبوت الشفعة اشكال ، وعلى تقديره ففي الاخذ بها له اشكال ــ انتهى .

وكأن الاشكال لاحتمال انصراف الادلة الى الشريك الحي ،كماانّاشكاله الثاني كأن وجهه انه لم يعلم من الادلة أخذ غير المالك ، وهنا لامالك حتى يتمكن من الاخذ ، لكن الظاهر حقه في الشفعة، لان الانصراف بدوي ولاضرر حكمة لاعلة والاخذ الولي كما للشريك الصغير أو المجنون ونحوهما، ويؤيد ماذكرناه عرفية الشفعة ، وان الشارع أمضاها وهم يرون الشفعة فيالمقام، وقد ذكرنا في [كتاب الوصية] وغيره ان التركة تنتقل الى الوارث حتىمع الدين المستوعب فكيف بغيره .

ومنه يعلم ان الاحتمال الاوسط في مفتاح الكرامة هو الوجه قال : قد تسالم القائلون ببقائها على حكم مال الميت وغيرهم على تقدير الاستيعاب وعدمه على ان المحاكمة للوارث فيما يدعيه ومايدعي عليه، وانه لوأقامشاهداً بدين حلف هو دون الديان ، وانه أولى بالعين اذا أرادها ، ومن المعلوم ان الانسان لايحلف لاثبات حق غيره ، فيكون مستثنى ، فاثبات الشفعة له هنا أما

لانها مستثناة كذلك ، وأما لانه يملك بمجرد ذلك ، أو لانه ولي الميت ، فكان له أن يأخذها كولي الطفل ـ انتهى .

فان الظاهر ان قوله : وأما لانه يملك بمجرد ذلك هو مقتضى الادلة .

ثم انا قد ذكرنا في [كتاب القضاء] وغيره انكون الانسانلايحلفلاثبات حق غيره ، غيرظاهر الوجه على كليته ، فان هناك بعض الموارد يحلفالانسان لاثبات حق غيره ، ثم قال القواعد ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة .

وقال في مفتاح الكرامة :كما في المبسوط والتذكرة والتحريروالدروس وجامع المقاصد ، فانه قال في الاخير : لان البيع في الحقيقة لملك الوارث وقال في المبسوط : لان ملك الورثة بمنزلة المتأخرعن البيعوالملكالحادث بعد البيع لايستحق به الشفعة ـ انتهى .

لكن حيث قد عرفت ان الاقوى القول بالانتقال الى الوارث حتى في الدين المستوعب ، فاللازم أن يقال بحقه في الشفعة .

قال في الجواهر : ولو بيع بعض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة ، بناءاً على ان التركة ملك له، بل وعلىالقول بأنهاعلىحكم مال الميت ، وانه لايملك شيئاً منها الا بعد قضاء الدين ضرورة تجدد ملكه حينئذ بعد البيع فلايستحق شفعة .

نعم لو قلنا بأنه يملك الزائد عن قدر الدين اتجه احتمال ثبوتها له لانه شريك حينئذ .

أقول : مقتضى القاعدة انالوارث يملك التركةكلا لا الزائد فقط، وعليه

اللازم أن يقال لعدم الشفعة ، ولذا قال مفتاح الكرامة في تفسير كلام القواعد: ان معناه انه ليس بمالك الآن ، لان التركـة على حكم مال الميت ، ولايملك الوارث الا بعد قضاء الدين ، فيكون ملكه متأخراً ، ولو قلنا : انالوارثيملك الزائد عن قدر الدين قام احتمال ثبوتها ، لانه شريك .

وكذا لوكان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث فيالدين.

وفي مفتاح الكرامة : أي لاشفعة له ،كما فيالتذكرة والتحريروالدروس وجامع المقاصد ، لان البيع لبعض مالـه كما في جامع المقاصد ، وان قلنا : انها باقية على حكم مال الميت ثبت الشفعة، وبه صرح في المبسوط جازماً به لانه الان غير مالك ، بل هو شريك ـ انتهى .

وقد تبعهم في عدم الشفعة في هذه الصورة الجواهر وهو كما ذكروه،فان الوارث بمجرد موت الموروث يملك تركته فيكون كل التركة للوارثفليس هناك شريكان حتى اذا بيع الشقص يكون له الشفعة .

نعم اذا كان شريكاً مع الموروث ـ ولوكان كافراً فأسلم فيما يأمره الامام بالاسلام ليرث ـ جائت الشفعة لاطلاق أدلتها .

قال في القواعد : ولو اشترى شقصاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقهابالعين لاالبدل وفي مفتاح الكرامـة :كما في التذكرة والتحرير والدروس وجـامع المقاصد ، لان الوصية به لاتزيد عن بيعه ووقفه ونحوذلك ، بل هي أخف،وقد تقدم ان للشفيع الاخذ بشفعته لسبق حقه ، وابطال جميع ذلك ـ انتهى .

وتبعه في الجواهر فقال : لـو اشترى شقصاً مشفوعاً وأوصى به ، ثم مات فللشفيع أخذه بالشفعة لسبق حقه، ويدفع الثمن اليالورثة وبطلت الوصيةالتي

هي ليست أولى من الوقف لتعلقها بالعين لاالبدل ، لكن الظاهر ان الثمن يصرف في الوصية اذا كان ارتكاز، كما قالوا به في الوقف اذا بطل رسمه، حيث ان ثمنه يصرف في شيء مماثل ، وعليه أمكن أن يقال مثل ذلك فيما لو وقف المشتري بعد البطلان فاطلاق البطلان في الوقف والوصية انما يكون اذا لم يكن ارتكاز . .

نعم اذا شك في وجود الارتكاز بأن لم يكن عرفياً حتى يؤخذ به كان الاصل البطلان عيناً وبدلا للاصل .

قال في القواعد : ولو وصى لانسان بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة، ويحتمل الموصى له ان قلنا : انه يملك بالموت .

قال في مفتاح الكرامة : الوجهان مبنيان على ان القبول حيث هو كاشف، كما هو المشهور أو ناقل وبيانه أنه لو أوصى بشقصه لزيد ، ثم مات فباع شريكه حصته من آخر قبل قبول الموصى له ورده ، ففي مستحق الشفعة وجهان بل قولان :

أحدهما : انه الورثة ، لان الملك ينتقل اليهم بالموت ، ولايستحق الموصى له الا بالقبول ، وهذا مبني على ان القبول ناقل .

والثاني : ان المستحق هو الموصى له وهو مبني على ان القبول يكشف عن الملك بالموت ، كما ان عدمه ينكشف بالرد فالنماء المتجدد بين الموت والقبول للوارث على الاول ، وللموصى له على الثاني ، وقدصرح بالاحتمالين على بنائهما على الامرين في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد ـ انتهى .

لكن الظاهر ان القبول كاشف لاناقل ؛ فانه هو العرفي الذي امضاه الشارع

باطلاق أدلة الوصية ، وعليه فالنماء المتجدد أيضاً للموصى له لاللوارث فأخذ الوارث للشفعة لاثمرة له ،كما ان أخذ الموصى له بالشفعة ولوقبل قبوله بزعم انه له أخذ الشفعة سبب لانتقال الملك اليه بعد قبوله .

ومنه يعلم وجه النظر في قول القواعد حيث قال بعدكلامه المتقدم : فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لانا بينا ان الملك كان لـه ولايستحق المطالبة قبل القبول ولا الوارث ، لانا لانعلم ان الملك له قبل الرد ، ويحتمل مطالبة الوارث لان الاصل عدم القبول وبقاء الحق ـ انتهى .

اذ قوله : لانا لانعلم فيه نظرفان عدم العلم لايلازم عدم الواقع ، فاذا كان القبول كاشفاً كان المطالبة قبل القبول واقعة في موقعها فينتقل الشقص اليه .

ومنه يعلم ان قوله : يحتمل مطالبة الوارث غير وجيه .

والحاصل ان الموصى له لو قبل كانت الشفعة له سواء طالب بالشفعة قبل القبول أو بعده ، واذارد الموصى له كانت الشفعة للوارث ، ولذا رده الجواهر ، وان كان في بعض كلماته نظر ، قال بعد نقله كلام القواعد : فيه انـه مع اعتبار الرد في تملكه أيضاً مقتضى الاصل عدمه ، فهو حينئذ مملوك لمالك في الواقع غير معين ، وعدم القبول الذي يدعى اصالة عدمه مرجعه الى أمر وجودي وهو انشاء عدم ارادته لاالسكوت ، فاذا مات انتقل الى وارثه ، وهكذا تملك كـل منهما في الحقيقة متوقف على أمر وجودي مقتضى الاصل عدمه ، لان الموت صالح لتمليك الموصى له ، ولتمليك الوارث لمكان الوصية المستعقبة للقبول والرد فليس هناك حق لاحدهما يستصحب بقائه وعلى تقدير استحقاقه المطالبة لـو طالب ، ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانياً لظهور عـدم استحقاق المطالب ، ولولم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له ،

بناءاً على النقل ، ففـي الوارث وجهان مبنيان على ثبوتها لمن بـاع قبل العلم ببيع شريكه وعدمه أقواهما الثبوت ـ انتهى .

والحاصل : ان الملك أما ان يبقى على ملك الميت وهو خلاف بنائهم ، واما ان ينتقل الى الموصى له اذا قبل ، واما ان ينتقل الى الوارث اذا لم يقبل وقول لهذا أو لذاك يؤثر فى النماء وفي حقه للشفعة ولامجال للاستصحاب لافي هذا الجانب ولافي ذلك الجانب ، وعليه فاذا رد الموصى له وقد قبل الشفعة قبل الرد لم يكن له الشفعة ، وانما يكون للوارث ،كما ان الوارث اذا أخـذ بالشفعة ، ثم قبل الموصى له الوصية بطلت شفعته ، وانما الشفعة للموصى له ، واذا لم يعلم هل رد الموصى له أو قبل ، كان مقتضى القاعدة التمسك باطلاق أدلة ما تركه الميت فلوارثه ، لانه لم يعلم ان الوصية هنا نافذة ، فهومن الشك في المقيد مما يوجب التمسك باطلاق الدليل ، وليس هذا من التمسك بالعام في الشبهة المصداقية،وانما من التمسك بالعام فيما شك فيوجود القيد وعدمه .

(مسألة ـ ٢٥ ـ) قال في الشرائع : اذا باع الشفيع نصيبه بعد العلم بالشفعة، قال الشيخ : سقطت شفعته ، لان الاستحقاق بسبب النصيب ، أما لو باع قبل العلم لم تسقط ، لان الاستحقاق سابق على البيع ، ولوقيل ليس له الاخذ في الصورتين كان حسناً ـ انتهى .

لايخفى ان مثل البيع سائر أنواع النقل كالهبة والصلح والوقف ، أما مثل الرهن والعارية والوديعة فلا اشكال ، لان الملك باق ، ولايأتي فيها التعليل المذكور في البيع ونحوه .

وكيف كان ، ففي المسالك اذا باع الشفيع نصيبه قبل ان يأخذ بالشفعة ، فان كان بيعه بعد العلم بها وحصول شرائط فوريتها على القول بها فلا اشكال في بطلان شفعته، لان اشتغاله على الاخذ بالبيع مخل بالفورية المعتبرة فيها ، وان كان قبل ثبوت الفورية فيها حينئذ، كما لولم يكن عالماً بمقدار الثمن أوجاهلا بالفورية ونحو ذلك فباع أوباع غير عالم بالشفعة ففي بقائها مطلقاً أو زوالها أو التفصيل أقوال :

أحدها : وهو الذي اختاره المصنف عدم البطلان مطلقاً ، لان الاستحقاق ثبت بالشراء سابقاً على بيعه ، فيستصحب لاصالة عدم السقوط ولقيام السبب المقتضى له وهو الشراء فيجب ان يحصل المسبب .

وثانيها : سقوطه في الموضعين وهو اختيار العلامة وجماعة ، لان السبب في جواز الاخذ ليس هو الشراء وحده ، بل هو مع الشركة ، وقد زال أحد جزئي السبب فيزول ، ولايكفي وجودها حال الشراء لظاهر قوله عليه‌السلام (١) : لاشفعة الا لشريك غير مقاسم .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٧ .

فلو اثبتنا له الشفعة بعد البيع لاثبتناها لغير شريك مقاسم والجهل مع انتفاء السبب لا أثر له .

وثالثها : التفصيل بالجهل بالشفعة حال البيع والعلم فيثبت في الاول دون الثاني وهو قول الشيخ ، لان البيع بعد العلم يؤذن بالاعراض عنها ، كما اذا بارك أو ضمن الدرك ، بخلاف ما اذا لم يعلم فانه معذور ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة هو الثبوت في الموضعين، وان ناقش مفتاح الكرامة وتبعه الجواهر في ان هذا هل هو قول المحقق أم لا؟ لاحتمالهم وجود كلمة (ليس) في أخير عبارته بأن تكون العبارة هكذا: ولو قيل ليس له الأخذ في الصورتين كان حسناً ، فان أدلة القول بالسقوط من ان البيع بعد العلم يؤذن بالاعراض عنها، كما وان الاستحقاق بسبب الضرر الذي انتفى بسبب البيع ، وظهور قوله[1]: لاشفعة الا لشريك غير مقاسم في اعتبار حصولها حال الشفعة والا لثبت لغير شريك، كلها غير تام، اذ البيع لايؤذن بذلك، كما ان الضرر حكمة لا علة، وكون البيع صدر حين كون الشريك غير مقاسم، فلاوجه لسقوط الشفعة بعد ثبوتها، ولذا ناقش فيها الجواهر قائلا : قد يناقش بمنع الايذان المزبور ضرورة أعمية البيع منه، وبأن المسلم من جزئية الشركة للسبب وصولها حال البيع لابقائها الى حال الاخذ ، فان النصوص انما هي في بيان موضوع استحقاق الشفعة لأخذها ، ودعوى ظهورها في اعتبار بقاء وصف الشريك الغير المقاسم حال الأخذ واضحة المنع ، بل صريح كلامهم باستحقاق الشفعة بالشريك، وان حصلت القسمة الشرعية مع الوكيل أوغيره، والضرر انما هو

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٧ الباب ٣ من الشفعة ح ٧ .

حكمة لا علـة ، والظاهر من الخبر المزبور قد عرفت انـه حين تعلقها للعين الاخذ بها ، وليس ذلك اثباتاً لها لغير شريك ، بل هو استدامـة لثبوتها حال الشركة، فالاقوى عدم السقوط مطلقاً مع انه لا وحشة من الانفراد مع الحق ، كما لاانس بالكثرة مع الباطل ـ انتهى .

وكأنـه أشار بذلك الى مانقلـه مفتاح الكرامة من بطلان الشفعة اذا باع بعد العلم بها من المبسوط والمهذب والوسيلـة والشرائع وجامع الشرائـع والتذكـرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصـد ومجمع البرهان والمسالك، ثم قال: وماحكيناه من الشرائع من البطلان هو الموجود في نسخ ثلاثة مصححة محشاة، فان فيها ولوقيل ليس له الاخذ في الصورتين كان حسناً لكن الموجود في المسالك : ولوقيل له الاخذ، من دون لفظـة : ليس، ولم يثبت مافي المسالك والظاهر وجود غلط في نسخته ، أو زاغ نظره الشريف عنه، ويشهد لذلك شهادة الشهيد لذلك ـ انتهى .

وكيف كان فلولم نعلـم هل علم الشفيع بالشفعة أم لا؟ فيما قلنا بالتفصيل بين الصورتين، كان اصالة عدم العلم أوعدم سقوط الشفعة محكماً .

وعليه فاذا ادعى المشتري عليه العلم ، وأنكر توجه اليه الحلف، ولومات وقال وارثه : لاأعلم هل كان يعلم أم لا؟ توجه اليه الحلف على نفي العلم، ثم ان مفتاح الكرامة قال عند قول العلامة : أما لوباع الشفيـع نصيبـه قبل علمه ، ففي البطلان اشكال ينشأ من زوال السبب، ومن ثبوته وقت البيع ونحوه مافي التحرير والحواشـي والدروس من عدم الترجيح مع الميل فى الاخيـر الى البطلان وهو خيرة الارشاد والمختلف وجامع المقاصد ومجمع البرهان، وفي المسالك انه لايخلو من قوة .

وقال في المبسوط: ان الاقوى عدم البطلان، وبه جزم فى جامع الشرائع وظاهر الوسيلة .

وكيف كان، فقد عرفت ان الاقوى ما اختاره المحقق على هذا الاحتمال، وتبعه الجواهر .

ثم قال الشرائع على قول الشيخ (رحمه الله) : لو باع الشريك وشرط الخيار للمشتري، ثم باع الشفيع نصيبه، قال الشيخ: الشفعة للمشتري الاول ، لان الانتقال تحقق بالعقد، ولو كان الخيار للبائع أولهما فالشفعة للبائع الاول، بناءاً على ان الانتقال لايحصل الا من قضاء الخيار ـ انتهى .

قال فى المسالك : هذا التفريع مبني على ان انتقال المبيع مع اشتمال البيع على خيار هل يحصل للمشتري مطلقاً أم ينتفى عنه مطلقاً؟ أم فيه تفصيل؟ وقد تقدم النقل عن الشيخ ان الخيار ان كان للمشتري وحده انتقل اليه الملك زمن الخيار ، وان كان للبائع أولهما لم ينتقل اليه الا بانقضاء الخيار فيتفرع عليه ان الخيار متى كان للمشتري وحده فباع الشفيع نصيبه بعد العلم سقطت وثبتت للمشتري الاول لانتقال الملك اليه ، وان كان الخيار للبائع أولهما فالشفعة للبائع، لان الملك لم ينتقل عنه، فهو الشريك حقيقة، وعلى قوله الذي حكيناه عنه فى الخلاف من ان الخيار اذا كان للمشتري وحده ينتقل الملك عن البائع ولايثبت للمشتري فلاشفعة لاحدهما لانتفاء الملك عنهما، لكن هذا قول ضعيف جداً لاستحالة بقاء الملك بغير مالك وانتفاء مالك آخر غيرهما ، والاصح ان الشفعة للمشترى مطلقاً، بناءاً على ان انتقال الملك اليه مطلقاً، وقد تبع المسالك الجواهر فيماذكره كمالايخفى على من راجع كلامه .

وحيث قد ذكرنا في[كتاب البيع]انتقال المبيع مطلقاً الى المشتري سواء

كان الخيار لهذا أو لذاك أو لثالث أو لهما أو لاحدهما مع ثالث أو لهما مع ثالث ، فمقتضى القاعدة ان الخيار لا يؤثر شيئاً في عدم الشفعة للشريك فالشفيع يأخذ الشفعة من المشتري على ما تقدم في بعض المسائل السابقة التي ذكرنا فيها مسألة الخيار .

ولو باع الشفيع كان للمشتري الاول أخذ المبيع من المشتري الثاني، سواء جعل الشفيع في بيعه الخيار أم لا ؟

(مسألة -٢٦-) قال في الشرائع: لو باع شقصاً في مرض الموت من وارث وحابى فيه فان خرج من الثلث صح ، ولكن للشريك أخذه بالشفعة ، وان لم يخرج صح منه ما قابل الثمن ، وما يحتمله الثلث من المحابات ان لم تجز الورثة ، وقيل : يمضي في الجميع من الاصل ويأخذه الشفيع ، بناءاً على ان منجزات المريض ماضية من الاصل - انتهى .

قال في المسالك : ولافرق عندنا بين كون المشتري وارثاً أو أجنبياً ، ونبه المصنف بتخصيصه بالوارث على خلاف العامة حيث اختلفوا في المحاباة مع الوارث ، فمنهم من حكم بصحة البيع ، ومنعوا الشفعة ، ومنهم من منعهما ، ومنهم من اثبتهما ، الى غير ذلك من اختلافهم. ولو قال المصنف : من وارث وغيره لكان أجود من التخصيص بالوارث، لان لايتوهم ان غير الوارث حكمه ليس كذلك ، وتبعه الجواهر فيما ذكره وهو واضح .

وكيف كان ، فان قلنا : ان المنجزات صحيحة فلا اشكال ، ولو قلنا : بأن المنجزات غير صحيحة على اطلاقه ، لكن كان المحابات بقدر الثلث أو الاقل أيضاً صح، وكذلك الحال في الصحة ، لو كان أكثر من الثلث ، لكن أجازت الورثة .

أما لو قلنا : ان المحابات غير صحيحة مطلقاً ، بل انما تصح بقدر الثلث وكانت أكثر من الثلث، والورثة لم يجيزوا ، فاللازم ان يكون البيع صحيحاً بقدر الثمن وبقدر الثلث ، أما الاكثر فليس بصحيح ، ولذا يتمكن الشريك من أخذ الشفعة بالنسبة ، فلو فرض مثلا : كون قيمة الشقص مائتين فحابا وباعه بمائة وليس له سواه صح البيع في خمسة اسداسه التي هي النصف والثلث، وبطل في

السدس الذي لم يقابله ثمن فيأخذ الشفيع ان شاء خمسة اسداسه بكل الثمن لان الاصل لزوم البيع من الجانبين خرج منه مازاد عن الثلث مما لاعوض عنه فيبقى الباقي ، ولان ذلك بمنزلة بيع وهبة فالبيع منه ما قابل الثمن والهبة ما زاد فنفذ في الثلث منه ويبطل في الباقي كما في الجواهر .

ومنه يعلم حال ما اذا أجاز الورثة بعض المحاباة دون بعض ، كما اذا أجاز الورثة نصف السدس في المثال ، حيث يبطل في النصف الآخر من السدس

أما لو صارت قيمة الدينار مثلا ضعفاً بالتضخم، أو قيمة المتاع نصفاً بالتنزل وقلنا : بتأثيرهما بالشفعة كما لم نستبعده سابقاً لوحظ في قدر المحابات ، مثلا: اذا صار المائة خمسين صحت الشفعة كاملة بدون بطلان السدس وهكذا ، لكن لايخفى انه اذا صار بقدر ثلثه محاباة فرض كأن الشريك أعطاه الى المشتري مجاناً، واوحظ مسألة التضخم والتنزل باستثناء الثلث ، لكنا حيث ذكرنا في [كتاب الوصية] وغيره ان منجزات المريض من الاصل ، وانه لا فرق بين المريض والصحيح لايبقى مجال لهذه الفروع .

ويرد هنا اشكال آخر ذكره الجواهر وغيره تبعاً للعلامة والمحقق والشهيد الثانيين وغيرهم في الربوي ، حيث ان في الربوي اذا كان جميع تركة الميت كراً من طعام مثلا قيمته ستة دنانير فباعه بكر رديئي قيمته ثلاثة ، فان الحكم بصحة ما قابل الثمن منه والثلث والبطلان في السدس يستلزم الربا ضرورة كونه حينئذ خمسة أسداس كر بكر ، فاللازم المطابقة بين العوضين في المقدار مع أيصال قدر العوض والثلث للمشتري ، فيرد على الورثة ثلث كرهم وقيمته ديناران ويردون عليه ثلث كره وقيمته دينار ، فيصح البيع في ثلثي كل واحد منهما بثلثي الآخر .

ومثله يأتي في المقام في مسألة الدار المزبورة ، حيث يلزم ان يقال بصحة البيع في ثلثيها بثلث مائة فيأخذ الشفيع ذلك به ان شاء على شرط ان يريد المشتري ، لانه يلزم تبعض الصفقة عليه والا فله الفسخ أيضاً .

وذلك لان فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن لوجوب مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن ،فكما لايجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن ، فكذا لايجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن .

فان مقتضى البيع المقابلة بين أجزاء المبيع وأجزاء الثمن حتى قالوا :ان للشرط قسطاً من الثمن أيضاً ، لان العقلاء انما يقدمون على ذلك باعتبار ان الأجزاء مقابلة للاجزاء وحتى الأجزاء الاعتبارية كالقيد والشرط وماأشبه ، فاذا امتنع ذلك وجب الفسخ فيهما ، لان المانع في الموضعين هو بقاء أحد المتقابلين بدون المقابل الاخر .

كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في أحديهما فان المشتري يأخذ الاخرى بقسطها من الثمن فيما اذا كانتا جزئي البيع لافيما اذا كان كل واحد بيعاً مستقلا وانما هما في صورة بيع واحد .

كما ذكرنا ذلك في بعض مباحث الفقه وانه قد يعتبر الانسان الشيئين جزئين لبيع واحد، وقد يعتبر كل واحد بيعاً مستقلا وانما هما داخلان في صيغة واحدة كما في باب النكاح حيث انه لو تزوج بأمرأتين في صيغة واحدة يكون لكل واحدة نكاح مستقل لاأنهما جزاء نكاح، و في الطلاق مثلا حيث تكونان مطلقتين بطلاقين ، وان كان في الصورة واحداً لاأنهما جزئي طلاق .

وبذلك يبطل ما تقدم من انه في مسألة الدار يأخذ الشفيع انشاء خمسة اسداسه

بكل الثمن لاصالة لزوم البيع من الجانبين خرج منه ما زاد عن الثلث مما لاعوض عنه فيبقى الباقي محكوماً بالدليل لان الدليل مقدم على الاصل .

ولذا جعل الاصح في المسالك ان لا يبطل من المبيع شيء الا ويبطل من الثمن ما يقابله ، ثم قال: فتكون المسألة دورية حيث انه لايعرف قدر ما يصح البيع الابعد ان يعرف مقدار التركة ليخرج المحابات من ثلثها ولايعرف مقدار التركة الا اذا عرف قدر الثمن لانه محسوب منها لانتقاله الى ملك المريض بالبيع .

وطريقه في المثال المذكور ان يقال صح البيع في شيء من الشقص بنصف شيء يبقى مع الورثة الفان الا نصف شيء ، وذلك يعدل مثلي المحابات وهي نصف شيء فمثلاها شيء، فاذا أجبرت وقابلت يكون الفان معادلين بشيء، ونصف الشيء من شيء ، ونصف ثلثاه فعلمنا ان البيع صح في ثلثي الشقص وقيمته الفان وثلثمائة وثلث وثلاثون والثلث يبلغ الثمن ، وهو نصف هذا المبلغ المحاباة ستمائة وستة وستين وثلثين يبقى للورثة ثلث الشقص وثلثا الثمن وهما ألف وثلثمائة وثلاث وثلاثون وثلث ، وذلك ضعف المحاباة .

والحاصل ان هذه المسألة وأمثالها من المسائل الدورية تخرج بالجبر والمقابلة واصولها كما ذكر في الكتب الحسابية في جانب الصعود الشيء والمال والكعب، ومال المال ومال الكعب، وكعب الكعب، ومال مال الكعب ومال كعب الكعب، وكعب كعب الكعب، ومال مال كعب الكعب وهكذا .

وفي جانب النزول جزء الشيء، وجزء المال، وجزء الكعب ، وجزء مال المال، وجزء مال الكعب، وجزء كعب الكعب، وجزء مال مال الكعب، وجزء مال كعب الكعب، وجزء كعب كعب الكعب وجزء مال مال كعب الكعب وهكذا .

فيسمى المجهول بالشيء ومضروبه في نفسه بالمال ، وفيه بالكعب وفيه مال مال، وفيه مال كعب ، وفيه كعب كعب ، وهكذا الى غير النهاية يصير مالين وكعباً، ثم أحدهما كعباً ، ثم كل منهما كعباً ، فسابع المراتب مال مال الكعب، وثامنها مال كعب الكعب، وتاسعها كعب كعب الكعب، وهكذا .

ومن الواضح ان الكل متناسبة صعوداً ونزولا ، فنسبة مال المال الى الكعب كنسبة الكعب الى المال، والمال الى الشيء، والشيء الى الواحد ، والواحد الى جزء الشيء ، وجزء الشيء الى جزء المال ، وجزء المال الى جزء الكعب، وجزء الكعب الى جزء مال المال الى غير ذلك، كماهو مذكور في [كتاب خلاصة الحساب] للشيخ البهائي (ره) وغيره الى غير ذلك من المباحث الجبرية، كما انه أحياناً يمكن استخراج مثل هذه المسائل في هذا الباب بواسطة حساب الخطئين، أوبواسطة الاربعة المتناسبة .

وفي الجواهر انه يمكن معرفة حاصل مثل هذه المسألة بطريق ثان، وهو اسقاط الثمن من قيمة المبيع ونسبة الثلث الى الباقي فيصح البيع بقدر تلك النسبة ففي المثال المذكور بالنسبة الى الدار تسقط المائة التي هي الثمن من قيمة المبيع وهو المائتان فيبقى مائة وينسب ثلث التركة (وهو ستة وستون وثلثان) الى الباقي بعد الاسقاط وهو المائة فيكون ثلثين فيصح البيع في الثلثين بثلثي الثمن .

ثم ان المسألة وان كانت مذكورة في الشرائع وشروحه والقواعد وشروحه وغيرها بالنسبة الى البيع الا ان المسألة هي مسألة المحابات ولو لم يكن بيعاً كالهبة المحاباتية والصلح المحاباتي وغيرهما من سائر أنواع المعاملات المشتملة على المحابات لان الملاك في الكل واحد .

لكن حيث ذكرنا ان منجزات المريض ماضية من الاصل لم يكن مجال لهذه الفروع، كما ألمعنا اليه فى أول المسألة خلافاً للجواهر وغيره حيث قال في الجواهر: قد بينا فساد ان منجزات المريض ماضية من الاصل، ولذا فهم محتاجون الى هذه الفروع .

(مسألة ـ ٢٧ ـ) اذا صالح الشفيع على ترك الشفعة صح وبطلت الشفعة لانه حق مالي فينفذ فيه الصلح .

كذا في الشرائع وفي القواعد ولو صالحه على ترك الشفعة بمال صح وبطلت الشفعة .

وفي مفتاح الكرامة فى شرحه كما في الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع وجامع الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية .

وكذا الدروس، وفي المفاتيح نسبته الى القيل وظاهر المبسوط والتذكرة الاجماع عليه حيث قيل فيهما عندنا ثم علّله بانها حقي مالي ثابت فيجوز عليه الصلح ثم ان الصلح على وجوه :

الاول: ماتقدم في عبارة الشرائع .

الثاني : ان يوقع الصلح على أن يوجد المسقط بعد الصلح كغيره من الاعمال .

الثالث : ان يوقع الصلح على أن لا يأخذ بالشفعة ، وان كانت هي حقاً له .

الرابع: ان يوقع الصلح على أن يصدق معاملة المشتري مع غيره معاملة على الشقص كأن يبيع المشتري لانسان أويهبه له، أوماأشبه ذلك، والظاهر ان كل ذلك يوجب اسقاط الحق بناءاً على انه لايتمكن من الاخذ بالحق بعدذلك فاذا لم يسقط الحق في الثاني ، أو أخذ بالشفعة فى الثالث أو لم يصدق معاملة المشتري في الرابع لم ينفذ أخذه بالشفعة لانه ملزم بالاسقاط وعدم الاخذ

وتصديق عمل المشتري فخلاف ذلك خلاف ما ألزمه الشارع به فلا يؤثر الصلح بعد ان يكون دليل الصلح ظاهراً فى الوضع بالاضافة الى التكليف.

من غيرفرق بين أن يكون الصلح مع بائع الشقص أومع المشتري، أومع أجنبي لوحدة الدليل فى الجميع .

وربما أشكل فى أصل الصلح بدعوى الشك فى مشروعية الصلح على الوجه المزبور وبأنه لوشرع هنا لشرع فى الطلاق والنكاح والتحرير والوقف كما ذكرهما الجواهر وبأنه ينافي الفورية المطلوبة فى الاخذ بالشفعة فاذا صالح فقد سقطت شفعته ، كماذكره فى جامع المقاصد،وفيه انه لا وجه للشك بعد الاطلاق .

أمّا بالنسبة الى الاشكال الثاني : ففيه ان ماكان تلقى من الشرع احتياجه الى كيفية خاصة كالنكاح والطلاق والوقف والتحرير لايمكن أن يصالح عليه بأن يفيد الصلح فائدته اما غيره حيث يراه العرف مؤدياً بالصلح يشمله اطلاق أدلة الصلح فليس ذلك من التمسك بالحكم لاثبات الموضوع ، كما ربما يتوهم .

وأما الثالث: فلما أجاب عنه فى جامع المقاصد بأنه قد علم ان مااقتضته القاعدة لايقدح فيه مثل السلام والدعاء كما انه قد يتصور الصلح مع الوكيل فان التراخي من قبله على خلاف المصلحة لايبطل حق الموكل .

بل في مفتاح الكرامة قد يتصور بأن يصالح الشفيع المشتري قبل أن يعلم بثمن المبيع،كما اذا كان المشتري وكيله ولماياًت اليه ويخبره أو بأن يصالح الولي والغبطة فى الاخذ على المشهور أو والغبطة في الصلح على مختار الخلاف .

ولعل الاتفاق الذي ذكره الجواهر على عدم فائدة الصلح للطلاق والنكاح والتحرير والوقف مأخوذ مما ذكرناه وتفصيل الكلام في ذلك في [كتاب الصلح] وما يمكن ان يستشكل به من عدم سقوط حق الشفيع مع انه لا يوجب السقوط فله الاخذ بالشفعة وان أثم ، غيروارد لماذكره الجواهر بقوله الا ان الأول مع فرض عدم وفائه بما عليه من انشاء المسقط الذي يفرض توقف السقوط عليه لايحصل به السقوط حينئذ، لكن لو فعل المصالح ضد ما صولح عليه بأن انشاء مايقتضي الاخذ بالحق يترتب على ذلك أثره، وان أخذ بعدم الوفاء بالاول أو لا أثر له بعد ان ملك عليه غيره بعقد الصلح وجهان أقواهما الثاني .

وربما يؤيده ما ذكروه في اشتراط عدم العزل في الوكالة ، وفي اشتراط تحرير العبد فباعه مثلا أو بالعكس بل وماذكروه أيضاً في منذور الصدقة مثلا وغير ذلك .

واما الثاني : فلايبعد انه على النحو المزبور أيضاً فلايؤثر بعد انشاء الشفعة المستحق عليه تركها نحو استحقاق عدم العزل عن الوكالة عن الموكل مثلا بالاشتراط في عقد لازم ، ومنه يعلم صحة شرط ترك الاخذ به فيه أيضاً فلايؤثر انشائها بعد ذلك ، وليس ذلك من مخالفة الكتاب والسنة فان المراد عدم الاخذ بما يستحقه لابطال اصل الاستحقاق ـ انتهى .

ويؤيد ماذكرناه من ان المقتضى عدم الصحة ماورد في الشرط في النكاح عن عبد صالح (عليه السلام)[1] قال : قلت له : ان رجلامن مواليك تزوج امرأة ثم طلقها

(١) الوسائل : ج ١٥ ص ٣٠ الباب ٢٠ من المهور ح ٤ .

فبانت منه فأراد ان يراجعها فأبت عليه الاان يجعل عليه ان لايطلقها ولايتزوج عليها فأعطاها ذلك ، ثـم بداله في التزويج بعد ذلك فكيف يصنع ؟ فقال : بئس مـاصنع ، وماكان يدريه مايقع في قلبه بالليل أو النهار ؟ قل له : فليف للمرأة بشرطها ، فان رسول الله ﷺ قال : المؤمنون عند شروطهم .

أما نقل الحق وانتقاله وارثه واسقاطه فذلك تابع لأن يفهم من الشرع أو العرف ذلك فاذاكان دليل شرعي على صحة النقل والانتقال صلحاً أو بيعاً أوما أشبه أودل العرف على ذلك وسكت عليه الشرع فهوقابل لمادل عليه أحدهما. أما اذا لم يدل أحدهما على ذلك فليس يمكن نقله وانتقاله واسقاطه وارثه وما أشبه وقد ذكرنا فصلافي هذاالباب في[كتاب الارث] في ارث الحقوق فراجعه.

ومنه يعلم وجه النظر في احتمال الجواهر ذلك في المقام قال : لاينافي ذلك (أي ماتقدم من كلامه) عدم صحة انتقالها من ذي الحق الى غيره لوصالح عنها أجنبي على وجه يراد اثبات الشفعة له، وان كان قد يحتمل لعموم أدلة الصلح، فهـو حينئذ وان لـم يكن ممـن حصل لـه سبب الاستحقاق بالاصالة لكنه بالصلح استحقه من ذي الحق الذي هو مسلط عليه كتسلطه على ماله ، ولذا ينتقل الـى الزوجة حـق ضرتها من القسم وينتقل الى الاجنبي الحجر ، بل قد يحتمل ذلك في الخيار أيضاً بناءاً على ان الفسخ به هو المملك المعين نحو ماقيل في الرجوع بالطلاق لانه معيد السبب الاول فحينئذ ينقل الخيار بالصلح ويملك المصالح بالفسخ العين ذات الخيار ـ انتهى .

اذ دليل عموم الصلح لايتكفل موضوعه، وانما الموضوع يجب ان يستفاد من الشـرع ومن العرف وكلاهما غير جار في الشفعة وفي الخيار ، وتشبيه المقام بحق الزوجة في القسم، وحق الاجنبي في الحجر غير ظاهر بعد كونهما

مما دل العرف على صحة الانتقال وايده الشرع ، كما ورد[1] من قصة عائشة في استيهابها حق ضرتها في القسم من رسول الله ﷺ وغير ذلك فاذا صالح الشفيع حق شفعته للاجنبي لم تصح المصالحة لانه غير عرفي بل هو خاص بالشفيع ولادليل من الشرع على صحته كما انه لو أعطى حق خياره لغيره بأن يكون مستقلا لاوكيلا عنه في الابطال لم ينتقل الى ذلك الغير لعدم الدليل عليه بل العرف يرى خلافه والشرع لم يصدق الانتقال فهما مثل اعطاء الزوجة حق قسمها للاجنبية حيث لايصح ذلك وكأنه لذا قال الجواهر أخيراً : لكن يدفع ذلك كله مضافاً الى امكان دعوى الاجماع على خلافه عدم دليل يقتضي تسلط ذي الحق على حقه بحيث ينقله الى غيره وخصوصيات الموارد لاتفيد العموم وعمومات الصلح والشرط لاتقتضي ذلك خصوصاً بعد ملاحظة اتفاق الاصحاب ظاهراً لاأقل من الشك فتبقى حينئذ على مقتضى اصالة عدم الانتقال ـ انتهى .

وما ذكرناه من رؤية العرف أو الشرع هو الفارق بين الارث وغيره حيث قلنا في الارث ان الخيار والشفعة وما أشبه تورث بينما لانقول بالانتقال لان العرف يرى هذا الفرق فلا يقال فما هو الفارق حيث ذكر ثم هناك بعدم الانتقال وذكرتم في باب الارث انها تورث فلامنافاة بين الامرين .

ثم انه ان صالح الشفيع المشتري على ان لا يأخذ بالشفعة صح ذلك ، لانه حق قابل للاسقاط كما يراه العرف بمقابل أو غير مقابل .

قال في مفتاح الكرامة تبعاً للمسالك : ولو كان عوض الصلح بعض الشقص فوجهان أصحهما الصحة للعموم والصلح ليس أخذاً بالشفعة حتى يقدح فيه

---

(١) البحار : ج ٢٢ ص ٤٦٧ .

تبعيض الصفقة ، بل هو معاملة اخرى على حق الشفعة ـ انتهى .

لكنك قدعرفت سابقاً ان تبعيض الصفقة من الشفيع جائز ، فان شاء المشتري قرره ، وان شاء فسخه بتبعض الصفقة ، لاان تبعيض الصفقة غير جائز ، وذلك لانه حق قابل للتبعيض ، كما يراه العرف ولم يدل دليل من الشرع على عدم التبعيض ، وقد ذكرنا ان هذه الامور يجب ان يراجع فيها العرف الافيما خالفه الشارع ، ولم يخالفه في نص ونحوه .

(مسألة ـ ٢٨ ـ) قال في الشرائع: اذا تبايع شقصاً وضمن الشفيع الدرك عن البائع أو عن المشتري أو شرط المتبايعان الخيار للشفيع لم يسقط بذلك الشفعة، وكذا لو كان وكيلا لاحدهما وفيه تردد لما فيه من امارة الرضا بالبيع ـ انتهى.

وفي القواعد: وكذا لو كان وكيلا لاحدهما في البيع أو شهد على البيع أو بارك لاحدهما في عقده أو اذن للمشتري في عقد الشراء أو ضمن العهد للمشتري أو شرط الخيار له فاختار الامضاء ان ترتبت على اللزوم ـ انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة ان في كل ذلك ان أسقط الشفيع شفعته (لامجرد الرضا بالبيع، اذ الرضا غير اسقاط الحق كالرضا بالابراء والابراء، فان الرضا بالابراء ليس ابراءاً) كان مقتضى القاعدة السقوط، وكذا ان نافي عمله الفورية ان قلنا بالفورية بأي معنى قلناها من التضييق والتوسعة، والا فلاوجه للسقوط، لان الاصل الشفعة خرج منه صورة الاسقاط وصورة المنافاة للفورية، ففي غيرهما يكون مقتضى القاعدة بقاء الشفعة، وسيأتي بعض هذه الفروع والى ما ذكرناه أشار المسالك في ضمان الدرك قال: ان ضمن الشفيع الدرك وهو عهدة المبيع عن البائع أو الثمن على المشتري، أو بالبائع على تقدير ظهوره مستحقاً قيل: يبطل الشفعة لدلالته على الرضا بالبيع ورجحه في المختلف محتجاً بذلك، وقيل: لايبطل، لان مطلق الرضا بالبيع لايدل على اسقاط الشفعة، فانها مترتبة على صحته فكيف يكون الرضا به اسقاطاً لها، والحق انه ان نافى الفورية حيث نعتبرها بأن علم بمقدار الثمن فأشتغل بذلك بطلت للتراخي، لامن حيث الرضا بالبيع، وان لم يناف كما لوضمن الثمن قبل علمه بمقداره، فان العلم به غير معتبر في صحة الضمان لم يبطل الشفعة لعدم المقتضي للبطلان ـ انتهى.

لكن ربما يقال : ان الضمان بدون العلم موجب للغرر ، فعموم دليل الغرر محكم الا ان لايكون عدم العلم موجباً له ، كما اذا علم انه بمقدار كذا أو كذا ممالايكون غرراً مثل ألف أوألف ودينار ، حيث ان الغرر أمر عرفي، وماذكره الشيخ المرتضى(ره) في المكاسب من ان الغرر الشرعي اضيق من الغرر العرفي محل تأمل ، فان الموضوعات تؤخذ من العرف كما ذكرناه هناك ، وفي بعض مباحث [الفقه] أيضاً .

ثم ان عدم البطلان بضمان العهدة قول غير واحد .

قال في مفتاح الكرامة : ان عدم سقوط الشفعة بضمان العهدة هو خيرة الخلاف فيهما ، أي في عهدة الثمن للبائع ، وعهدة الشقص للمشتري ، والمبسوط ، وكذا السرائر على ما حكي عنها في المختلف ، ولم نجد ذلك في السرائر ، واستشكل في التحرير والارشاد ، وفي الدروس انه يمكن بقائه لانه تقرير للسبب وليس بأبلغ من النزول ، وفي المختلف ان الاقوى البطلان فيهما ، لانه دال على الرضا بالبيع .

وفي جامع المقاصد : ان الاصح ان نافي الطلب على الفور أبطل والافقد ينتظر حضور الثمن ان جعلنا الطلب هو الاخذ ، ثم تأمل في كلام جامع المقاصد ان كان ينافي الفورية بطلت والافلا الامع القرائن التي يفهم منها عادة وعرفاً عدم ارادة الشفعة ـ انتهى .

واللازم ان يقال : ان كان عدم ارادة الشفعة بقصد الاسقاط سقط والافمجرد عدم الارادة ليس مسقطاً للحق ، فاذا لم ترد الزوجة القسم لايسقط حقها ، وكذلك اذا لم يرد الدائن دينه ، وانما الاسقاط باسقاط حقهما ، الى غير ذلك من الحقوق ، والظاهر ان الجواهر أراد النقض لا أراد الحصر ، حيث انه قال: بعدم

سقوط الشفعة بضمان الدرك والخيار مع فرض عدم منافات الفورية ، بناءاً على اعتبارها لعدم دلالة شيء من ذلك مع عدم قرائن على الاسقاط ، اذ يمكن ان يكون ذلك منه لارادة ايجاد السبب الذي يستحق به الشفعة ـ انتهى .

اذ لايلازم عدم الاسقاط ارادة ايجاد السبب، وانما ارادة ايجاد السبب من جملة اسباب عدم الاسقاط ، فربما لايسقط الانسان في حال انّه لايريد أيضاً ايجاد السبب الذي يستحق به الشفعة ، بل غافل عن ذلك ، وانما يضمن أويقبل الخيار بدون الالتفات الى شيء من الامرين، كما ان الظاهر ان مرادهم في شرط المتبايعين الخيار للشفيع فيما اذا قبل الخيار .

أما اشتراطهما مجرداً فمن الواضح انه لايوجب سقوط الشفعة، وكذلك الحال لوشرطا أوشرط احدهما الخيار لولد الشفيع مثلا ثم مات الشفيع ، وانتقل الحق الى الورثة لوحدة الملاك في الجميع .

وكيف كان ، فما عن الايضاح من القول به لأن اجازة البيع بعده اسقاط للشفعة باجماع القائلين بهذا القول ، وقوله : بقي علينا ان الشفعة ، هل هي مترتبة على اللزوم أوعلى العقد يحتمل الاول من حيث انها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزومه، ومن حيث وقوع البيع ومجرده موجب للشفعة لعموم النص والتحقيق ان امضاء البيع هل هو شرط السبب أوالحكم ؟ ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، ولذا قال الجواهر في كلا فرعيه انه لاحاصل لهما .

ومما تقدم يعرف الكلام في الفرع الثاني للشرائع .

قال في المسالك: الثاني ان يشترط المتبايعان الخيار للشفيع في عقد البيع، والاصح انه لايبطل الشفعة لعدم المقتضى له ، وقيل تبطل بدلالته على الرضا

بالبيع ، وقد عرفت ضعفه ، ولو اختار الامضاء قبل له أن يأخذ بالشفعة ، فان جعلناها متوقفة على لزوم البيع لم يبطل أيضاً ، لان الرضا ممهد طريق السبب ويحققه، وان جوزناها في زمن الخيار بطل للتراخي ان اعتبرنا الفورية، وقيل: يبطل هنا مطلقاً ، لتضمنه الرضا ، كما مر وضعفه واضح ـ انتهى .

لكن لايخفى ان منافاته للفورية الذي ذكره انما هو فيما اذا عرف انالبيع انما هو في الشقص الذي هو شفيع .

أما اذا لم يعرف ، وانما رآهما تبايعا وجعلا الخيار له ثم فسخ أوأمضى لم يكن ذلك مضراً بشفعته لعدم منافاته للفورية، وقد تقدم سابقاً انالجهلعذر، وكذلك اذا كانتسائر الاعذار المذكورة سابقاً، ولم يذكروا هنا ذلكاعتماداً على الوضوح والا فالتقييد واضح .

أما ثالث المواضيع التي ذكرها الشرائع وهو ان يكون الشفيع وكيلا للبايع في الايجاب أوللمشتري في القبول ، ففي سقوط الشفعة بذلك قولان :

قال في المسالك : من دلالته على الرضا بالبيع وهو مسقط ، واختارهفي المختلف ومن منع كون الرضا بالبيع مطلقاً مسقطاً ، فان البيع هو السببفي ثبوتالشفعة وكون من يطلبهاراض بوقوع البيع ومريد له، بل يبعد عدمالرضا به مع ارادة الاخذ ، والاصح عدم السقوط .

قالفي مفتاحالكرامة عندقول العلامة: وللاب وان علا الشفعة علىالصغير والمجنون، وان كان هوالمشتريلهما أوالبائععنهما على اشكال، وكذاالوصي على رأي و الوكيل عند قوله و الوكيل ، أي في الشراء و البيع لـه أن يأخذ بالشفعة لنفسه قولا واحداً كما في جامع المقاصد ، وقد نص على الحكم في الخلاف والسرائر والشرائع وغيرها ويأتي فيمسقطات الشفعة للمصنفوغيره

انه غير مسقط ومنع من اخذه في المبسوط والمختلف، واستشكل في التذكرة ومستند الاول الغبطة في تقليل الثمن، وانه لايجوز له شرائه من نفسه والآخيرين ان قصد البيع ورضاه به مسقط لها كما تقدم، وقد عرفت الجواب عنهما، وان المسقط انما هو رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري وهو غير لازم حصوله عن كونه وكيلا لاحدهما في العقد والا فلاريب ان من يتوقع الشفعة راض بوقوع البيع ، ويزيد الأول ان الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك ان وقف على تقصيره ـ انتهى .

ومنه يعلم ان اطلاق الادلة شامل للمقام، وان الدليلين وقد يضاف عليهما اصالة عدم الشفعة الا في المتيقن، غير مخصصة للاطلاقات، فالقول بثبوت الشفعة خلافاً للمبسوط والمختلف واشكال التذكرة هو المتعين .

نعم ليس قولا واحداً كما ذكره المحقق الثاني ، ولذا قال في الجواهر عند قول المحقق : (فيه تردد لما فيه من امارة الرضا بالبيع) انه في غير محله ضرورة عدم كون مطلق الرضا بالبيع مسقطاً لها، فان البيع هو السبب في ثبوت الشفعة ، ولاريب في ان من يتوقعها راض به ، بل لوحاول عدم الرضا لم يكن مقدوراً له ، وانما المسقط رضاه بالبيع ليبقى ملكاً للمشتري وهذا غير لازم للوكيل كما هو واضح ـ انتهى .

وقد تقدم ان المراد بالرضا بالبيع المسقط الاسقاط لامطلق الرضا ، لان الرضا بالشيء غير كونه خارجاً ، كما ان الرضا بالابراء ليس ابراءاً والرضا بالوكالة أوبالبيع أوماشبه ليس بيعاً ووكالة ، فلوفرض اتهام الوكيل كان محلا للدعوى، لاان الشفعة لاتكون له، وكذلك حال الوصي والولي ونحوهم لوحدة

الملاك في الجميع، ولوفرض انهباع بالاقل قطعاً لاجل ان يأخذ بالشفعة وأخذها فان كان وكيلا مطلقاً يشمل ذلك البيع بالاقل صح البيع والشفعة ، وان كان للموكل الفسخ .

لايقال : كيف يمكن اطلاق الوكالة ، ومع ذلك يكون له الفسخ ؟

لانه يقال : يمكن اطلاق الوكالة الناشيء عن جهل ، فهو مثل ماذا كانت الوكالة مطلقة ، ومع ذلك لما كان الموكل مغبوناً في البيع ونحوه حتى مع علم الوكيل واقدامه يكون للموكل الفسخ .

ومما تقدم ظهر وجه ثبوت الشفعة في بقايا فروع القواعد المنة .مةبقوله: وكذا لوكان وكيلا لاحدهما في البيع أوشهد على البيع أوبارك لاحدهما في عقده، أوأذنللمشتري في عقد الشراء الى آخر كلامه. وسيأتي له مزيدتوضيح.

ثم انه ان جعلنا مجرد الرضا مسقطاً ، وادعى المشتري انه كان راضياً ، وأنكر الشفيع كان للمشتري عليه الحلف ، فاذا لم يحلف وقلنا بأن مجردعدم الحلف مثبت كلام المنكر ، أو ردّ الحلف وحلف المشتري بطلت الشفعة .

(مسألة ـ ٢٩ ـ) قال في الشرائع : اذا أخذ بالشفعة فوجد به عيباً سابقاً على البيع ، فان كان الشفيع والمشتري عالمين فلا خيار لاحدهما ، وان كانا جاهلين ، فان رده الشفيع كان المشتري بالخيار في الرد والارش ، وان اختار الاخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج الشقص عن يده .

قال الشيخ : وليس للمشتري المطالبة بالارش ولو قيل له الارش كان حسناً، وكذا لو علم الشفيع بالعيب دون المشتري، ولو علم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد .

أقول: صور المسألة أربع :

الاولى: أن يكونا عالمين، ومن الواضح انه لا خيار لاحدهما ولا ارش وهو واضح لانهما أقدما على مثل ذلك ، والمقدم قد سبب ضرر نفسه ، فلا يشمله دليل لاضرر وخيار العيب، كما هو مذكور مفصلا في باب الخيارات .

نعم من الواضح ان العيب الذي لا يسبّب الرد انما يكون فيما اذا علما بقدر العيب أيضاً، أو علما بالاكثر فظهر أقل .

أما اذا علما بالعيب الاقل فظهر أكثر أو بعيب فظهر عيب آخر، أو ما أشبه ذلك فلهما خيار العيب لاطلاق الادلة ، والكلام في علم وكيل الشفيع ووليه وما أشبه هو ماذكر هناك في خيار العيب من ان الوكيل لو كان عالماً بالعيب لم ينفع ذلك في سقوط خيار الموكل للعيب. الى آخر ماذكر هناك من علم الوكيل والموكل أو جهلهما أو علم أحدهما وجهل الاخر ، وكذلك في باب الولي والمولى عليه .

وفي الجواهر ان قول الشرائع المتقدم: انه لاخيار لاحدهما في صورة علمهما بلاخلاف ولااشكال وهو كما ذكره .

الصورة الثانيـة : ما اذا كانا جاهلين واتفقا علـى ردّه أو على أخذه مع الارش أوبدونه .

وفي الجواهر انه لا خلاف فيه أيضاً ، لكن لايخفى ان الثمن الذي على الشفيع اذا أراد الاخذ هو مابعد الارش لانه قدر الثمن لاأكثر منه .

ومن ذلك يظهر انـه لا وقع للاشكال الذي ذكره الجواهـر في رجوع الشفيع على المشتري بالارش ان لميكـن اجماعاً قال : لانه استحقاق حصل للمشتري على البائع خارج عن الثمن، ولذا صح له عفوه عنه ، ولو انه جزء من الثمن ينفسخ البيع فيه قهراً بفوات ماقابلـه من وصف الصحة في المبيع نحو تبعض الصفقة لميصح له العفو باستحقاق الشفيع حينئذ ماقابله من الثمن الذي دفعه الى المشتري علـى ان احتمال ذلك مناف لما هو معلوم من عدم مقابلـة الثمن شرعاً لوصف الصحة وعدم استحقاق المشتري عليه عين مادفعه اليه، ولغيرذلك ممالايخفى ـ انتهى .

اذ الثمن عرفـاً هو مابعد الارش فقولـه عليه السلام (١) : بالبيع الاول وبالثمـن ، ونحوهما ظاهر في خروج الارش عن الثمن، وان قلنا بأن الارش ليس جزءاً كتبعض الصفقة وماأشبه، وكأنه لذا قال أخيراً: اللهم الا ان يقال: انما دل على استحقاق الشفعة بالثمن ظاهر في غير الفرض، بل قد يعد عرفاً ان الثمن مابعد الارش، ولعل ذلك ونحوه منشأ الاتفاق المزبور ـ انتهى .

ثم انا قد ذكرنـا في مسألـة التضخم والتنزل ان المعيار اعطاء الثمن من الشفيع للمشتري بملاحظتهما، وعليه فاذا حدث مثل ذلـك الشيء في الارش تضخماً وتنزلا كان المعيار أيضاً بعدهما لاقبلهما، لانه هو مقتضى كونه بالثمن،

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

ونحوه، بل قد ذكرنا سابقاً ان المعيار في الشفعة العرف، لأن الشارع أمضاه ومن المعلوم ان العرف يرى ذلك بعد التضخم والتنزل لا قبله ، فكما ان في أصل الثمن يلاحظان كذلك في الارش .

ومماتقدم من حق الشفيع على المشتري الارش يظهر وجه النظر فيأخير كلام الجواهر حيث قال : وتوهم اشكال الرد للشفيع بأن الشفعة ليست بيعا يستحق الرد بالعيب فيها يدفعه عموم دليل الرد في المعيب من غير فرق بين البيع وغيره وهو قاعدة الضرر المنجبرة بفتوى الاصحاب هنا .

نعم الظاهر عدم ارش له ، لا على البائع الذي لم يأخذ منه ، ولا على المشتري لوتصرف فيه بمايمنع من رده اذا لم يكن المشتري قدأخذه من البائع للاصل، وكونه يأخذ من المشتري بالثمن - انتهى .

اذ قد عرفت ان الثمن عرفاً هو مابعد الارش فعفو المشتري عن البائع لايستلزم عفو الشفيع عن المشتري ، فللشفيع ان يأخذ بالثمن الذي يستثنى منه الارش، سواء أخذ المشتري من البائع أم لا ؟ اللهم الا أن يقال: ان الثمن الكل لاباستثناء قدر الارش، كما اذا اشتراه بالزيادة عمداً .

ثم انه مماتقدم علم انه اذا حصل العيب عند المشتري كان للشفيع الاخذ بالثمن الذي يستثنى منه قدر الارش .

أمّا اذا كان الشيء معيباً عند البائع فأخذ المشتري الارش وصحّ عند المشتري، فان الشفيع يأخذه بتمام الثمن، اذ الصحة صفة للمشتري وهي تقابل بالمال ، لكن يأتي هنا ماتقدم في بعض المسائل السابقة من زيادة المبيع عند المشتري، فان زيادة وصف الصحة كسائر الزيادات المتصلة كالسمن في الشاة والشجرة ونحوهما .

وكيف كان، ففي صورة جهلهما ان رده الشفيع كان المشتري بالخيار بين الرد والارش .

قال في الجواهر: لانه لم يحدث فيه حدثاً ، وان انتقل عن ملكه، ثم عاد اليه الا انه ليس تصرفاً له، واحتمال ان مطلق الانتقال عنه مسقط لاستحقاق رده وان عاد اليه لادليل عليه .

وهو كما ذكره ، وقول الشرائع: بأنه بالخيار في الرد والارش، من باب المثال والا فله العفو أيضاً كماهو واضح .

وحيث قد ذكروا دليل انه ليس له الرد بالتصرف فى باب المعاملة مما لايشمل مثل هذا التصرف القهري، فلاحاجة الى تفصيل الكلام في ذلك، فان أدلة اسقاط التصرف للرد لاتشمل مثل ذلك .

فقد روي زرارة[1] عن أبي جعفر عليه السلام قال : أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب وعوار لم يتبرء اليه ولم يبين له فأحدث فيه بعدما قبضه شيئاً ، ثم علم بذلك العوار وبذلك الداء انه يمنع عليه البيع ، ويرد عليه بقدر مانقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لولم يكن به .

وعن جميل ،[2] عن بعض أصحابنا ، عن أحدهما عليهما السلام فى الرجل يشتري الثوب أوالمتاع فيجد به عيباً؟ فقال: انكان الشيء قائماً بعينه رده على صاحبه وأخذ الثمن ، وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ يرجع بنقصان العيب .

وكيف كان ، فان اختار الشفيع الاخذ لم يكن للمشتري الفسخ لخروج

---

(١) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٦٢ الباب ١٦ من الخيار ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٢ ص ٣٦٢ الباب ١٦ من الخيار ح ٣ .

الشقص عن يده، كما في الشرائع وغيره ، وعلله في الجواهر بأن الاصل فيه المزوم فلاتسلط له على فسخ الملك الحاصل للشفيع بالشفعة، لكن يحتمل أن يكون لـه الفسخ عنده ، لانه لا دليل علـى ان الانتقال الى الشفيع بالشفعـة أوجب بطلان حقـه في الفسخ والثمر يظهر فيما اذا أعطى المشتري مورثـه الفاسخ الحبوة، وأخذ الارض ، فان الوارث اذا لم يفسخ كان في يده الثمن ، أمـا اذا فسـخ رجعت الحبـوة وكانت لـه ذكرى لابيـه مثلا فيفسخ بالبيع ، وحيث لايتمكن من رد العين لانها انتقلـت الى الشفيع رد ثمنها واسترجع الحبوة مثلا،أوندم المشترى من جعل شيء نفيس له ثمناً للارض، بينماذهبت الارض من يده أيضاً الى الشفيع فيريد استرجاعه بالفسخ ، الى غير ذلك من الثمار المترتبـة علـى الفسخ ، واسترجاع الثمـن واعطاء البائـع بقدر ثمن الارض .

قال في المسالك : في صور المسألة ، فان اختلفت ارادتهما أي الشفيع والمشتري فأراد الشفيـع رده دون المشتري فلا منافـاة فيرجع الى المشتري ويتخير بين أخذ ارشه وعدمـه ، وان انعكـس فأراد الشفيع أخذه والمشتري رده قدمت ارادة الشفيع لثبوت حقه وسبقه، فانـه يثبت بالبيع، وسيأتي مافي هذا التعليـل ، ولان غرض المشتري استدراك الظلامة، وتحصيل الثمن وهو حاصل بأخذ الشفيع ، ولانـا لو قدمنا المشتري بطل حق الشفيـع رأساً ، وان قدمنا الشفيـع حصل للمشتري مثل الثمن أو قيمتـه فيكون جامعاً بين الحقين ، ويحتمل تقديم المشتري لان الشفيـع انما يأخذه، اذا استقر العقد كماتقدم في البيع المشتمل على الخيار، وقد تقدم ضعف المبنى عليه ـ انتهى .

وهو كماذكره من التعليلات المستفادة من النصوص العامـة ، وان كان ما

ذكرناه وارداً عليه، لكنه جيد في نفسه .

ومن ذلك يظهر ، ان اشكال الجواهر عليه بأن ما أطنب به في المسالك من سوء تأدية الحكم المزبور، كما ترى غيرظاهر الوجه، فلاسوء في التأدية .

أما ما ذكره هوبقوله في الاشكال على المسالك : بل لعله الصق بتعارض الارادتين قبل أخذ الشفيع الشفعة الذي قدعرفت الحال فيه سابقاً،وان للمشتري الفسخ ، ولكن اذا فسخ كان للشفيع فسخ فسخه والاخذ بالشفعة من المشتري للاجماع ان كان أولسبق حقه،بناءاً على ان استحقاق المشتري الرد حين العلم لابالبيع بخلاف الشفيع الثابت حقه بتمام العقد ، بل لو قلنا بثبوته بالبيع أيضاً سابقاً على حق الشفيع أومقارناً أمكن ترجيح حق الشفيع بما ذكرمؤيداً بشهرة الاصحاب أواجماعهم ، وان كان للمشتري فائدة بالتقديم أيضاً ، وهي السلامة من الدرك ــ انتهى .

فهو وان صح في الجملة ،كما قد سبق وجهه في بعض المسائل المتقدمة الا ان قوله : بل لوقلنا بثبوته بالبيع أيضاً سابقاً على حق الشفعة امكن ترجيح حق الشفيع،فيه نظر، فانه لوكان سابقاً على حق الشفعة لاوجه لتقدم حق الشفعة عليه وشهرة الاصحاب لاتصلح مؤيدة ولااجماع ظاهرفي المسألة يمكن الاعتماد عليه على خلاف القاعدة ، بل اللازم ان قلنا بأن الحق سابق ان يكون للمشتري الحق دون الشفيع ، فـان حقه لايدع مجالا للشفعة،ثم سواء قلنا بأن للمشتري الفسخ أم لا ؟ هل له حق الارش اذا لم يفسخ بارادته ، أولم يفسخ لانه ليس له حـق الفسخ .

قال الشيخ في محكي المبسوط: فيما لوكان الشفيع عالماً بالعيب والمشتري جاهلا ليس للمشتري المطالبة بالارش ، وادعى علـى ذلك الاجماع ، ونحو

ذلك الكلام يأتي في هذا المقام أيضاً ، وربما قيل : ان الشيخ بني ذلك على انه لوكان للمشتري الارش لكان الثمن للشفيع مجهولا ، فيبطل أخذه وتأخيره الى معرفة الأرش المتوقفة على تقويم أهل الخبرة المحتاج الى زمان ينافي الفورية ،كما قيل في وجه كلام الشيخ بانه قد استدرك ظلامته برجوع جميع الثمن اليه من الشفيع فلم يفت منه شيء فيطالب به ، ولانه كالنائب عن الشفيع بالشراء فلا يستحق الرجوع ، لكن من الواضح مافي كلا التعليلين من الوجه الاستحساني الذي لايتمكن ان يقاوم الادلة الدالـة على ان المشتري المعيوب جاهلا الحق في الفسخ والأرش، فان قلنا بالحق في الفسخ كان مخيراً بينهما ، وان لم نقل به كان له الارش ، ولذا قال في الشرائع : لو قيل له الارش كان حسناً ، وقد حكى ذلك عن التذكرة والشهيدين والكركي وغيرهم .

وقال في الجواهر : انه الاصح لاطلاق دليله وعود كمال الثمن اليه لاينافي ذلك كما لو باعه باضعاف ثمنه ،كما انه لاينافيه استحقاق الشفيع بما يقابله من الثمن فلا فائدة له في أخذه ، اذ لايجب عليه قبول العوض عنه من الشفيع بعد ان كانت معاملة مع البائع مستقلة لامدخلية لها فيما وقع بينه وبين الشفيع ، فهو في الحقيقة لم يستدرك ظلامته ممن ظلمه كما هو واضح ، واجماع الشيخ المزبور لم نتحققه ، بل لعل المظنون خلافه ـ انتهى .

والحاصل : ان التعليل بجهل الثمن وارد في كل مورد من موارد الارش فما يقال في سائر الموارد يقال هنا من غير فرق بينهما حتى يكون ذلك موجباً لاستثناء المقام عن كلي الارش في كل مقام،والارش ليس خاصاً بصورة استدراك الظلامة كما ذكره الجواهر من مثال ما لو باعه بأضعاف ثمنه ، أولم يبعه،لكنه ارتفعت القيمة السوقية للبضاعة بحيث قابلت القيمة أوصارت أكثر،فانه لاضرر

في المقام مع ان له أخذ الارش، بلا اشكال ولاخلاف ،كما يظهر من اطلاق كلماتهم .

ومما تقدم ظهر حال ما اذا علم الشفيع بالعيب دون المشتري،فان الشفيع لايمكن من الرد لعلمه ، أما المشتري فيتمكن من الردّ والارش ، أما الرد فلما تقدم ، وحيث انهلايتمكن من رد العين رد ثمنها ، وأما الارش فلما ذكرناه من انه حقه .

ولذا قال في الجواهر ممزوجاً مع الشرائع : وكذا الحكم لوعلم الشفيع بالعيب دون المشتري ضرورة انه لارد للشفيع لعلمه ولاللمشتري لخروج الشقص من يده ، ففي استحقاقه الارش ما عرفت من ان الاصح له ذلك فيسقط حينئذ عن الشفيع بقدره ، ولايقدح فيه علمه بالحال لما عرفت من انه يأخذ بالثمن وهو ما بعد الارش عرفاً ـ انتهى .

وان كان في قوله بعدم رده ما تقدم .

أما لوعلم المشتري دون الشفيع كان للشفيع الرد لجهله دون أخذ الارش اذ تقدم ان الشفيع يأخذه بالثمن ، والمفروض ان الثمن هو الكامل بدون استثناء الارش ، أما المشتري فلاحق له في رد ولا ارش لفرض انه كان عالماً والعالم لاحق له في أيهما .

ثم ان الجواهر قال : لوعلم الشفيع المشتري اشتراه بالبراءة من كل عيب، ففي القواعد هو كالمشتري والافله الرد ، وفيه انه يمكن القول بأن له الرد ، وان علم بالشرط المزبور بعموم دليل الرد، والشرط انما هو على المشتري ـ انتهى .

وهو كما ذكره ، اللهم الا ان يقال : ان قوله عليه‌السلام[1] : بالبيع الاول وبالثمن[2] . ونحوهما،والمنصرف من دليل الشفعة العرفية،والعرف يرون انه يكون للشفيع كما كان للمشتري، انه لايكون له الرد ، فعموم دليل الرد مخصص بما ذكر ، وحال ما اذا تبرء من الغبن الفاحش والافحش مما لايوجب الجهالة ، ويصح بحسب الشرط كما ذكر في باب الغبن، يكون هكذا بالنسبة الى الشفيع ، ففيه الاحتمالان المزبوران احتمال القواعد ، واحتمال الجواهر .

وكيف كان ، فقد عرف مماتقدم وجه قول القواعد ويسقط ارش العيب ان أخذه المشتري،والمراد ان ارش العيب يسقط من الثمن على الشفيع اذا أخذه المشتري من البائع،ووجهه انه جزء من الثمن ، فاذا أخذه المشتري كان الثمن هو ما يبقى بعده .

وأمااذا أسقطه ولم يأخذ الارش فله الاخذ بجميع الثمن لابحذف الارش، فان الثمن حينئذ قد صار ماوقع عليه العقد من غير نقصان ، كذا في مفتاح الكرامة ،كما انه نقل مثل عبارة القواعد عن التذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان .

ومن الواضح ، انه لايفرق في ذلك بين كون الثمن في مقابلة الاجزاء ، أوفي مقابلة المجموع ، لوضوح انه بعد رضاه بالعيب يصير الكل ثمناً ، وقد قال في مفتاح الكرامة : انه مما لاخلاف فيه وقد سبق الالماع الى ذلك .

ثم انه قد عرف من ماتقدم حال الصور الاربع والستين من جهل أحدهما

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

أوعلمه وجهل وكيله أوعلمه مضروباً في الحالات الاربعة للثاني ، ثم مضروباً في الحالات الاربعة للثالث أي البائع والمشتري والشفيع ، أما علم المولى عليه وجهله اذا كان قاصراً فلايوجب فرقاً في المسألة لانه لااعتبار بعلمه وجهله، وانما الاعتبار بعلم الولي وجهله ، فاذا كان عالماً ، وكان الولي جاهلالايسبب علمه سقوط حقه ، وان بلغ بعد ذلك ، فانه له الاخذ بحقه للمناط في ان عمد الصبي خطأ[1] وغيره من دليل رفع القلم[2] ونحوه .

(١) الوسائل : ج ١٩ ص ٣٠٧ الباب ١١ من دية العاقلة ح

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٣١٦ الباب ٨ ح

(مسألة ـ ٣٠ ـ) قال في الشرائع : اذا باع الشقص بعوض معين لامثل له كالعبد ، فان قلنا : لاشفعة فلا بحث ، وان أوجبنا الشفعة بالقيمة فأخذه الشفيع، وظهر في الثمن عيب كان للبائع رده والمطالبة بقيمة الشقص اذا لم يحدث عنده مايمنع الـرد ولا يرتجع الشقص ، لان الفسخ المتعقب للبيع الصحيح لايبطل الشفعة ـ انتهى .

أقول : لااختصاص فيما اذا كان الثمن مثل العبد ، بـل الحال كذلك فيما كان مثل الدراهم والدنانير المعيبة ، لأن حق الرد انما هـو بالعيب ، فـلا فرق فيه بين النقود وغيرها ، لكن في المسالك : في المسألة احتمالات ثلاثة ، قال: اذا اشترى الشقـص بعوض قيمي كالعبد ، وقلنا بثبوت الشفعة بالقيمة وتقابضا ثم وجد البائع بالعبد عيباً وأراد رده واسترداد الشقص ، وقـد أخذ الشفيع الشقص أوطلبه ففي المقدم منهما خلاف أظهره تقديم حق الشفيع،لان استحقاق الفسخ فرع دخـول المعيب في ملك المشتري المقتضى لصحة العقد المقتضى لثبوت الشفعة بمجرد العقد، ولعموم أدلة الشفعة للشريك ، واستصحاب الحال، ولان فيها جمعاً بين الحقين ، لان رجوع البائع في العين يقتضي سقوط حق الشفيع ، بخلاف ماإذا أخذ القيمة ، وهذا هو الذي قطع به المصنف ، وقيل: يقدم حق البائع ، لاستناد الفسخ الى العيب المقارن للعقد والشفعة تثبت بعده، فيكون العيب أسبق ، ولان الشفيع منزل منزلة المشتري فـرد البائع يتضمن نقض ملكه ،كما يتضمن نقض ملك المشتري لـو كان في ملكه ، ويضعف بأن مجرد وجود العيب حالة العقد غير كاف في سببية الفسخ، بل هو مع العقد الناقل للملك ،كما ان الشركة أيضاً غير كافية في سببية الشفعة ، بـل هي مع العقد ، فهما متساويان من هذا الوجه ويبقى مع الشفعة المرجح بما ذكرناه ، وربما

فرق بعضهم بين رد البائع بالعيب قبل أخذ الشفيع وبعده ، وقدم البائع في الاول والشفيع في الثاني لتساويهما في ثبوت الحق بالبيع فيقدم السابق في الأخذ، والوجه ترجيح جانب الشفيع ـ انتهى .

لكن لاوجه للاحتمالين الاخيرين ، بالاضافة الى ان الادلة التي ذكرها للوجه الاول أدلة طولية ، فان الاستصحاب مثلا لامجال له مادام عموم أدلة الشفعة لما نقح في محله من ان الدليل لايدع مجالا للاستصحاب ، نعم غالباً يذكرهما الفقهاء لبيان حال الحكم اذا لم يستقم الدليل .

وكيف كان ، فالوجهان الأخران غيرظاهر ، لامن الدليل ولامن الاقوال، ولذا ادعى في الجواهر عدم الخلاف في الوجه الاول قائلا : ظاهر كلامهم فيما تقدم من غيرخلاف يعرف فيه بينهم ان للشفيع فسخ الردبالعيب لوحصل قبل الاخذ بالشفعة ، وليس ذلك الالتقدم حق الشفيع عليه ـ انتهى .

فان أدلة الشفعة تدل على انه اذا وقع البيع كان للشفيع الحق ، واطلاقه يقتضي عدم الفرق بين العيب في الثمن ، أوالمثمن أومحذور آخر.

نعم ينبغي استثناء ماذا كان البيع بالشرط ، فانه اذا أخذ بالشرط يلزم القول بفسخ البيع ، وردكل شيء الى مالكه ، وانمايقدم حق البائع في خيار الشرط ، لان معنى الخيار لوأخذ بـه عدم تمامية البيع والشفعة متوقفة على تماميته بخلاف العيب والغبن ونحوهما فالبيع تام ، ولعل هذا هـو السبب في عدمدخول خيار الشرطفي النكاح، وان دخل فيه خيار العيب ، حيث ان الاول يجعل النكاح غيرتام والنكاح لايقبل عدم التمامية ، أما العيب والتدليس فهما يعطيان حق الفسخ، لاان النكاح بهماغير تام ، ولذا يترتب آثار النكاح من حرمة المصاهرة ، ولـو بعد الفسخ ، وان سقط المهر، ونحوه .

ففي خبر أبي‌عبيدة[(١)] ، عن أبي‌جعفر عليه‌السلام قال : في رجل تزوج امرأة من وليها فوجدبهاعيباً بعدما دخل بها؟ قال: فقال عليه‌السلام: اذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ، ومن كان لها زمانة ظاهرة ، فانها ترد على أهلها من‌غير طلاق، ويأخذ الزوج من وليها الذي‌كان دلسها،الى غيرها من الروايات، اللهم الا ان يقال : ان خيار الشرط أيضاً كذلك ، لان البيع قد وقع، واذا وقع‌البيع كان اللازم الشفعة ، فاذا أخذ الشفيع فليس له الرد ، وان‌كان قد شرط .

ومنه يعرف انه ليس مجال للقاعدة التي ذكرها المحقق الثاني من ان‌ّ الزائل العائد كالذي لم يزل ، أوكالذي لم يعد، لان الدليل يقتضي اطلاق‌صحة الشفعة بمجرد وقوع البيع كما عرفت ، كما ان الظاهر ان الشفيع لاحق له‌في الاخذ بالشفعةبخيار الشرط بأن يقول: اني آخذبالشفعة، لكن اذا أردت‌فسخت اذ لادليل على دخول هذا الخيار في المقام ، واطلاق دليل الشرط بعد ظهور دليل الشفعة في اللزوم مطلقاً غير محكم .

كما ان من الواضح انه لاحق للمشتري في جعل خيار الشرط في اعطائه الشقص للشفيع ، لانه يؤخذ منه قهراً، فلامجال له للشرط،كما ان شرط‌البائع أوشرط‌المشتري في التبايع بينهما شرطاً ينافي الشفعة ملغى، لان الشارع‌حكم بالشفعة فلامجال لشرطهما ، كما اذا شرط البائع على المشتري فيما اذا باعه الشقص ان يوقفه مثلا أواشترط المشتري على البائع أن يبيعه الى ولده أويهبه له،أوما أشبه مما ينافي الشفعة،فان حق‌الشفيع‌مقدم‌الاعلى الاحتمال المذكور .

ومما تقدم يظهر وجه التأمل في كلام الجواهر ، حيث انه بعد ان نقل‌عن

---

(١) الوسائل : ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ٢ من التدليس ح ١ .

المسالك تضعيف تقديم حق البائع ، كما نقلنا عبارته سابقاً قال : لكن فيه ان ذلك بمجرده لايصلح مرجحاً ، خصوصاً بعد حكمهم من غير خلاف يعرف بينهم انه لوكان الخيار للبائع مشروطاً وشفع الشفيع كان للبائع فسخ البيع والشفعة ولانجد فرقاً بين الخيار الحاصل بالعيب والشرط اذ هما معاً مقارنان للعقد فمع فرض كون الخيار بالشرط سابقاً على حق الشفعة الحاصل بعدتمام العقدالذي فيه الشرط، فكذلك الحاصل بالعيب، وبعد التسليم فلاأقل من المقارنة المقتضية لتساويهما في الحق، فكل من سبق كان له ذلك ، كما عساه يظهر من المسالك انه أحد الاقوال في المسألة .

ثم ان الجواهر بعد نقله التفصيل عن المسالك الذي سبق قال : لاريب في انه متجه ان لم نقل بتقديم البائع مطلقاً ، كما لوشرط الخيار له لولاالاتفاق الاصحاب ظاهراً علىتقديم الشفيع مطلقاً، بل لم اتحقق حكاية الخلاف المزبور من غيره ، ويمكن ان يكون منشأ الاتفاق المزبور ان خيار العيب لايثبت الا بعد العلم بالبيع ، ولايكفي فيه وجود العيب حال العقد مع الجهل به ، فيقدم حق الشفعة حينئذ عليه ضرورة مقارنته لتمام العقد ، لكن الانصاف عدم خلو دعوى مدخلية العلم في ثبوت الخيار بالعيب من نظر أومنع كما ذكرنا ذلك في محله، كما ان الانصاف عدم حصول اجماع في المسألة ــ انتهى .

اذ قد عرفت ان اطلاق ادلة الشفعة محكم ، فان دليل الشفعة يقول : بأنه اذا حصل البيع كان للشفيع الاخذ ، ومعنى ذلك انه لاحق للشرط أوالعيب أوالغبن أوماشبه ذلك في فسخ الشفعة، سواء حصل التفاسخ قبل اخذ الشفيع بالشفعة ، اوبعد اخذه بها ، ولعل هذا الاطلاق هو منشأ فتوى الاصحاب كما يظهر منهم من غير خلاف قوي لانه مطلقاً في كل مورد ذكروه يقدم حق الشفعة،

وقد عرفت ان المسالك مع احتماله الاحتمالين أونقله لهما قال اخيراً: الوجه ترجيح جانب الشفيع ، وليس ذلك الا لما ذكرناه .

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما حكى عن التحرير من تقديم حق البائع قبل اخذ الشفيع ؟ قال : ولو كان الثمن غير مثلي فوجد البائع به عيباً فـردّه قبل اخذ الشفيع احتمل تقديم حقه ، لان في اخذ الشفعة إبطال حق البائع من الشقص والشفعة تثبت لازالة الضرر ، فلاتزال بالضرر . وتقديم حق الشفيع لسبق حقه والاقرب الاول ، لان حق البائع اسبق لاستناده الى وجود العيـب وهو متحقق حال البيع والشفعة تثبت بالبيع ـ انتهى .

فان دليله بأن حق البائع اسبق ، قد عرفت انه مناف لاطلاق دليل الشفعة، فان دليل الشفعة محكم ، سواء كان حق البائع اسبق، اولم يكن حقه اسبق بأن قلنا : بأن ظهور العيب موجب للخيار ، لاان نفس العيب موجب له .

وكيف كان، فقد تقدم في بعض المباحث السابقة كما ذكرناه في [كتاب الأرث] ايضاً وغيره ، ان الفسخ انما يكون من حينه ، لامن اصله ، فالنماء في البين للمشتري كما انه لوقيل بأنه بفسخ البائع أوالمشتري تنفسخ الشفعة ايضاً، ويرجع الشقص الى البائع، او الى المشتري مثلايكون النماء في البين للشفيع، فان كون الفسخ من اصله خلاف ظاهر الادلة، وكذلك الحال في فسخ النكاح كما ذكرناه في [كتاب الأرث] بمناسبة حق الوارث في الفسخ .

ومنه يظهر حال كل فسخ ، فان قيل : انه يجعل العقد كالعدم لـم يترتب على ذلك النكاح محرمات المصاهرة، وان قيل: انه فسخ من حين الفسخ كما هو الظاهر ، لامن حين العقد ترتب على النكاح المحرمات المذكورة ، كما ان الزوج مديون بالنفقة ان كان الفسخ من حينه وغير مديون ان كان من اصله

من غير فرق بين فسخ نفس الزوج بالعيوب، اوفسخ المرأة بها . الى غيرذلك مما ذكرناه في كتب [الارث والنكاح والبيع] وغيرها .

ثم قال الشرائع بعد فرعه السابق : ولو عاد الشقص الى المشتري بملك مستأنف كالهبة او الميراث لم يملك ردّه على البائع،ولو طلبه البائع لم يجب على المشتري اجابته .

وفي الجواهر: بلا خلاف اجده في شيء من ذلك بين من تعرض له كالشيخ والفاضلين والشهيدين وعلّله في المسالك وتبعه غيره بقوله : انما لم يملك كل واحد من البائع والمشتري رد العين على تقدير عودها على ملك المشتري مع ان الواجب بالاصالة بعد الفسخ انما هو العين، وانما انتقل الى قيمتها للتعذر وكانت بدلا اضطرارياً، فينبغي ان يلغوا اعتبارها مع وجود العوض الاختياري لسبق حكم الشارع بوجوب القيمة حين تعذر العين، فاذا دفعها المشتري ملكها البائع عوضاً شرعياً عن العين فبرئت ذمة المشتري منها ، ولم يكن لاحدهما ابطال ذلك .

لايقال : ذلك كان في حال تعذر العين ، فاذا ارتفع التعذر رجع الحكم الى الاصل من تراد العوضين .

لانه يقال: انه لما خرج عن ملكه انتقل الامر الى البدل، ثم رجوع العين الى ماكانت يحتاج الى الدليل وهو مفقود فليس المقام من قبيل بدل الحيلولة حتى يقال بأنه اذا رجع المبدل أعطى للمغصوب منه ونحوه و استرجع البدل وقد ذكرنا تفصيل بدل الحيلولة في [كتاب الغصب] فراجعه .

وكيف كان ، فليس لاحدهما الزام الاخر بالعين ، نعم اذا تراضيا بالعين صح من باب المراضات لامن باب الواجب الاولي .

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قول الجواهر: "نعم لو عاد اليه بفسخ للمعاملة الجديدة ولم نقل ان الفسخ مملك ، بل هو مقتضى لعود الملك بالسبب الاول الذي قد فرض فسخه امكن حينئذ ملك المشتري ردها عليه وملك البائع المطالبة بها ضرورة كون ملكها حينئذ بالسبب الاول الذي قد فرض انفساخه ، بل لعله كذلك لو فرض أخذ البائع القيمة ثم عادت العين للمشتري بفسخ للمعاملة التي كان السبب في خروجها، أمكن القول بأن للمشتري حينئذ اعادته عليه ، وأخذ القيمة منه، كما انه يمكن للبائع مطالبته بها ورد القيمة اليه، لانكشاف رجوع العين الى ملك البائع بالفسخ المزبور الذي يعاد معه الملك الى مقتضى السبب السابق الذي قد فرض فسخ البائع له ، وان به يستحق على المشتري العين التي هي على ملكه بالسبب الحاصل - انتهى .

اذقد تقدم ان الفسخ من حينه لا من أصله، ولذا كان النماء للمنتقل اليه لا للمنتقل عنه، وقد تقدم حرمة المصاهرة بسبب النكاح وان فسخ، مما يظهر منه ان الفسخ ناقل ، وليس بكاشف فهو ملك جديد ، وحاله حال الهبة والارث فقوله : ولم نقل ان الفسخ مملك الى آخره خلاف مقتضى القاعدة .

أما احتمال ان الشارع انما حكم بالبدل مطلقاً سواء في الهبة أو الارث أو الفسخ أو غير ذلك ، لانه قد تعذرت العين، فاذا أمكن العين رجع الى مقتضى القاعدة من تراد العينين ، ففيه ان اطلاق دليل البدل يقتضي ان رجوع العين لا يوجب تبدل البدل اليها .

نعم لو ظهر بطلان البيع أو ما أشبه وجب رد العين، لانها لم تنتقل عن ملكه حتى يكون المرجع البدل والظن وما أشبه لا يسبب تغييراً في الواقع ، وان قامت عليه الامارة ونحوها كما حقق في محله من ان الامارات والطرق لا توجب

تغيير الواقع الا فيما دل الدليل على خلاف ذلك وهو شاذ ، كما ورد في ان الحلف(١) يوجب انقطاع المالك عن ملكه وان كان حقه واقعاً كما ذكرنا تفصيله في [كتاب القضاء] وغيره .

قال في الشرائع : ولو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد هل يرجع الشفيع بالتفاوت، فيه تردد والاشبه لالانه الثمن الذي اقتضاه العقد ولو كان الشقص في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يملك منع الشفيع، لان حقه اسبق؛ يأخذه بقيمة الثمن لانه هو الذي اقتضاه العقد وللبائع قيمة الشقص وان زادت عن قيمة الثمن ـ انتهى .

وفي المسالك أشار بهذا الى عدم الفرق بتقديم حق الشفيع بين ان يكون قد أخذ بالشفعة وعدمه ولا بين ان يكون الشقص في يد المشتري وعدمه لاشتراك الجميع في المقتضى لترجيح حق الشفيع ، وقد تقدم البحث فيه ، وحينئذ فيأخذ بقيمة الثمن سليماً ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص ، وان زادت عن قيمة الثمن ، وان الواجب هو الثمن المعين ، فاذا فات بالرد فقيمة الشقص حيث تعذر أخذه بحق الشفيع ، ولا يرجع المشتري على الشفيع بزيادة قيمة الشقص على الثمن لانه انما يستحق عليه الثمن الذي وقع عليه العقد ـ انتهى.

أقول : مسألتان في المقام :

المسألة الاولى : بين البائع والمشتري .

والمسألة الثانية : بين المشتري والشفيع .

أما المسألة الاولى : فمقتضى القاعدة انه اذا ظهر العبد الذي هو الثمن

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ١٧٩ الباب ٩ ح ١ .

معيباً، فان البائع مخير بين أمرين،ان يأخذ الارش ، أو أن يفسخ البيع ويأخذ قيمة العبد لاقيمة الشقص كما ذكره الشرائع والجواهر والمسالك وغيرهم ، اذ مقتضى ما لايضمن بصحيحه لايضمن بفاسده ان المشتري لايضمن أكثر من قيمة العبد الصحيح وان ارتفعت الدار .

أما وجه عدم ضمان الاكثر فهو قاعدة المغرور يرجع الى من غره ، كما ليس على المشتري اجرة الدار اذا ظهر بطلان العقد بعد عشر سنوات مثلا ، وكذا اذا استفاد من ثمرة البستان ونحوه ، لانه دخل على مجانية كل ذلك والبائع افترض ذلك ، فهو الذي أضر نفسه بسبب تغريره المشتري ، وقد تقدم في بعض المباحث السابقة ان الغار لايلزم ان يكون عالماً بغروره ، وكذا في المدلس الذي يرجع اليه الزوج بالمهر لايلزم ان يكون عالماً كما هو الغالب في ان الاباء لايعلمون مثلاان في موضع من فتاتهم قرن أو عفل أو ما أشبه ذلك فالمراد بالغار والمدلس هو الذي صدرمنه هذا الشيء ، لانه السبب سواء كان عالماً أو لم يكن عالماً ، فان الضمانات لاتدور حول العلم والجهل ، كما حقق في محله .

وعلى أي حال ، فعلى المشتري قيمة العبد يوم البيع زاد أونقص، ولو انعكس بأن فسخ البائع بعيب في العبد ، وقد ارتفعت قيمة العبد ، ولايمكن ارجاع العبد ، فان على البائع قيمة العبد يوم البيع لايوم الفسخ ، ومن ذلك يظهر صورة زيادة قيمة ارش العبد في هذا اليوم عن يوم البيع ونقصها في هذا اليوم عن يوم البيع حيث المعتبر ارش يوم البيع لانه يجب على المشتري اعطاء البائع التفاوت بين العبد الصحيح والسقيم يوم البيع لاالتفاوت في هذااليوم

الذي هو يوم الفسخ ، اذ المعاملة وقعت بين ذلك العبد وتلك الدار في ذلك اليوم، لافي هذااليوم، فقول الشرائع وللبائع قيمة الشقص، وان زادت عن قيمة الثمن غير ظاهر ، وان علله في الجواهر بقوله : لانه مقتضى فسخه لرد الثمن ولايرجع بها على الشفيع، كماعرفت الحال فيه ، ولعل هذا ونحوه من تبعيض آثار الفسخ لاتبعيض الفسخ الذي سمعته في فسخ الشفيع الاقالة أو نلتزمه فيها كما سمعت احتماله من الشهيد بناءاً على انه كالمقام ـ انتهى .

ثم انه اذا لم يكن للبائع على المشتري الاقيمة العبد في ذلك اليوم أي يوم البيع أو الارش بقدره في ذلك اليوم أيضاً ، فاذا أخذ البائع من المشتري الارش أخذ المشتري من الشفيع الارش لما تقدم من ان الأرش والاصل هما القيمة معاً لاأحدهما .

أما اذا لم يأخذ منه الارش ، وانما أخذ قيمة العبد بعد فسخه البيع ، فان الشفيع اذا كان أعطى للمشتري بقدر هذه القيمة فلاشيء عليه ، أما اذا كان أعطى بقدر أقل أي بقدر المعيب فعليه أعطاء التفاوت للمشتري ، لان الاصل والتفاوت هو الذى دفعه المشتري الى البائع والمفروض ان الشفيع انما يجب عليه الاعطاء بقدر ما دفعه المشتري الى البائع .

ومن ذلك يظهر ان زيادة القيمة أو نقصها في الارش، أو في الثمن يؤثران على الشفيع ، كما يؤثران على البائع أو المشتري .

ومن ذلك يظهر وجه النظر في قول الشرائع المتقدم : لو كانت قيمة الشقص والحال هذه أقل من قيمة العبد الى آخره ، حيث ان الشفيع مكلف بالقيمة نتيجة لابالقيمة بدون ملاحظة الزيادة والنقيصة، فلو فرض صحة المبني من تأثيرهما على المشتري يجب ان تؤثران على الشفيع أيضاً ، لان الشفيع

تابع ، وهو آخذ بنفس الثمن لابزيادة أو نقيصة .

ومنه يظهر وجه النظر في قول الجواهر : بأنه لايرجع الشفيع بالتفاوت لانهانما يأخذ بالثمن ، والفرض انالثمن الذي اقتضاه العقد حال الاخذبالشفعة ذلك ، وليست قيمة الشقص التي أخذها البائع من الثمن في شيء ، وانما هو شيء استحقه البائع من المشتري بالفسخ حالانتقال العين عنملكه، والحاصل بالسبب المزبور فلا حقللشفيع فيه ،كما لاحق للمشتري على الشفيع لوفرض زيادة قيمة الشقص التي دفعها للبائع على قيمة العبد ضرورة انه لايستحق عليه الاقيمة الثمن الذي وقع عليه العقد وما غرمه بالفسخ المزبور لامدخلية له في الثمن كما هو واضح ، وحينئذ فدعوى ان الثمن الذي استقر على المشتري قيمة الشقص والشفيع انما يأخذ بالثمن الذي استقر نحو ماسمعته في الارش واضحة الفساد ،كوضوح الفرق بين المقام والارش الذي قد عرفت تحقيق الحال فيه ـ انتهى .

اذ لم يعرف جهة وضوح الفساد كما لم يعرف جهة وضوح الفرق بين المقام والارش ، فانه ان صح المبني الذي ذكره الشرائع ، وتبعه الشارحان يلزم ان يقال: بأن الثمن هو ما استقر علىالمشتريزائداً كان أو ناقصاً ،لكنك قد عرفت الاشكال في المبني ، وانه لا يلزم على المشتري الاقيمة العبد يوم البيعلا القيمة زادت أو نقصت والارش زاد أو نقص .

نعم ما ذكره الجواهر بعد ذلك بقوله : وكذا دعوى بطلان العقد فلم يعتبر ماوقع عليه، بل المعتبرما استقر وجوبه على المشتريوهو القيمةضرورة ان الفسخ لم يبطل العقد من أصله ، بل كان صحيحاً الىحينالفسخ فلا يزول مقتضاه بالفسخ الطارى ـ انتهى .

تام، اذ الفسخ من حينه لامن أصله، كماحققناه في [كتاب الارث] وهنا وبعض الكتب الاخر .

وعلى هذا ، فالمتجه هو المحكي عن الشيخ من الرجوع فيهما ، بناءاً على هذا المبنى الذي ذكره الشرائع ، وان قال الجواهر: لم نتحقق خلاف الشيخ، اذ المحكى عن عبارته يقتضي التردد من غير ترجيح .

وكيف كان، فالمبني غيرتام ، وان كان ان قيل بالمبنى يلزم قول الشيخ لا قول المحقق ومن تبعه .

ومماتقدم ظهر وجه قول الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : وأما لو حدث عند البائع فيه مايمنع من رد الثمن : كعيب أو تصرف رجع بالارش على المشتري لانه المتعين له حينئذ على نحو ماسمعته في المبيع ، ولا يرجع المشتري على الشفيع بالارش ان كان قد أخذه بقيمة العوض الصحيح لعدم ظلامه له ـ انتهى .

وذلك لان الشفيع انما يأخذ بقيمة الصحيح، وقد أعطى القيمة للمشتري فلاوجه لرجوع المشتري عليه بعد ان أعطى للبائع الارش .

نعم ان كان قد أخذ منه بقيمته معيباً رجع عليه بباقي قيمة الصحيح لما سمعته في رجوع الشفيع عليه بالارش ضرورة استقرار الشقص حينئذ بالعبد والارش الذي هو من مقتضى العقد المقتضى للسلامة فالثمن عرفاً ذلك، وكذا القول فيما لورضي البائع به ولم يرده مع عدم المانع من رده، واختار الارش كماذكره الجواهر وغيره، وهذا ممايؤيد ماذكرناه سابقاً من الاشكال في المبنى الذي ذكره الشرائع، وتبعه الشارحان .

أما لو عفى البائع عن الارش ولم يطالب المشتري، فالظاهر عدم استحقاق

المشتري على الشفيع ، لان المعيب هو القيمة لا أكثر ، فلايقال: ان الشفيع يجب عليه ان يعطيه الارش ، لأن المشتري انما وهب للبائع بعض القيمة باسقاطه الارش وهبة بعض القيمة لايوجب تفاوتاً في القيمة التي يأخذها المشتري من الشفيع، ومن الاحوال الثلاثة في العبد من أخذ الارش أوالفسخ أو العفو ظهر حال ماذا كانت الدار معيبة حيث للمشتري على البائع الارش أوالفسخ أو العفو وكل ذلك تعطي نتائج مختلفة على الشفيع أيضاً، فاطلاق الجواهر بقوله: كما ان الظاهر عدم استحقاق الشفيع له على المشتري لو كان في المبيع غيرظاهر، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٣١ ـ) قال في الشرائع: لو كانت دار لحاضر وغائب وحصة الغائب في يد آخر فباع الحصة وادعى ان ذلك باذن الغائب.

قال في الخلاف: تثبت الشفعة، ولعل المنع أشبه، لان الشفعة تابعة لثبوت البيع ـ انتهى.

أقول: مقتضى القاعدة ماذكره الشيخ، وذلك لان من في يده شيء فهو ذو يد، وذو اليد قوله حجة بالنسبة الى مافي يده، سواء علمنا بأنه أمانة في يده أولم نعلم هل انه له أوليس له؟ ففي الظاهر الحكم تابع لقول ذي اليد، وفي الواقع لواقعه، فان انكشف الخلاف عمل بالواقع، والا عمل بالظاهر، فدعوى الاذن ممن في يده المال طريق شرعي لثبوت ذلك، ولذا جاز الاخذ منه والتصرف وغيره فيه لاعتبار قول ذي اليد الذي لامعارض له، وكذا الحال فيما اذا كان مال الصغير في يد انسان ويدعي انه ولي أو وصي أو قيّم، فانه يجوز التصرف في المال حسب قوله، لانه ذا يد لامعارض له، ولذا قال في الجواهر راداً على الشرائع: انكان المراد الثبوت في نفس الامر على وجه لوجاء المالك فأنكر لميكن له الانتزاع من يد الشفيع، فقد عرفت ان مجرد دعوى من في يده المال الاذن ليس طريقاً شرعياً اثبوت ذلك، وانكان المراد جواز أخذ الشفيع من يد المشتري الشقص بها على نحو أخذ المشتري له من يد مدعى الاذن، ثم الغائب على حجته، فقديقال بالجواز.

ثم قال بعد نقله عن التحرير: ان الاول أقوى، وفيه: انه بعد العلم بكونه مالا للغير لااشكال في انه اقرار عن الغير، الا انه قد عرفت جواز الاخذ منه والتصرف باعتبار كونه ذا يد ولامعارض له كماتقدم تحرير ذلك في محله على

وجه لاينبغي التردد المزبور من الجماعة ، فضلا عن اختيار العدم كما في المتن بعد ان حكى عن الشيخ الثبوت المحتمل لارادة المعنى الذي ذكرناه ـ انتهى .

ومنه يعرف عدم وجه للتردد في القواعد قال : ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصدقه احتمل ثبوت الشفعة، لانه اقرار من ذي اليد، وعدمه لانه اقرار على الغير، فان قدم الغائب وأنكر البيع قدم قوله مع اليمين وانتزع الشقص .

وفي مفتاح الكرامة : ان الاحتمالين ذكرهما في التذكرة والدروس من دون ترجيح. وقال في شرح قوله: فان قدم الغائب الخ، كما ذكر ذلك كله في التذكرة والدروس، أما التخيير فظاهر تقديم قوله بيمينه .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر بعد كلامه المتقدم مما أيّد فيه الشيخ : أللهم الا ان يقال : ان عنوان الشفعة نصاً وفتوى تحقق صدق باع الشريك وهو غير متحقق هنا، فلاتثبت الشفعة على وجه ان لم يبادر اليها تبطل بناءاً على الفور وجواز أخذ المشتري منه لا يحقق الصدق المزبور فليس للشفيع الاخذ لعدم تحقق عنوان ثبوت الشفعة بخلاف جواز الشراء ظاهراً منه، فانه لاعنوان له على الوجه المزبور على ان السيرة التي هي العمدة في الحكم المزبور، انما هي في التصرف باذنه لا مطلق التصرف حتى القهري الذي لايرجع الى اذنه، بل هو تابع للحكم الشرعي المعلق على عنوان خاص والفرض عدم تحققه ـ انتهى .

اذ الادلة الثانوية واردة على الادلة الاولية، ولذا يقال بالاخذ بالشفعة فيما قام شاهدان ونحوه، فانه لاشك في لزوم بيع الشريك، أما بيعه بنفسه فلا، فانه

يصح بيعه بوكيله ووليه ووصيه وقيّمه والحاكم الشرعي وأمينه، وكل ذلك يثبت حسب الموازين الشرعية، والتي منهاكون الانسان الذي بيده يقوم بذلك من باب ذي اليد .

نعم ان تردد الشريك يمكن عدم وجوب الفور، وان قلنا بالفور لانه يعد عذراً عرفاً، وقدتقدم ان الاعذار المنافية للفورية لاتسقط الشفعة، بل الشريك على شفعته اذا ارتفع عذره فقوله: الفرض عدمتحققه غيرظاهر،كما ان قوله : ان السيرة التي هي العمدة في الحكم المزبور الـخ .

غيرظاهر أيضاً، لان السيرة أولا: ليست هي العمدة .

وثانياً: ان السيرة على الخلاف، فان من بيده مال غيره يكون قوله: حجة فيه عند عرف المتشرعة .

ومن ذلك يظهر قوة ماذكره جامع المقاصد ، فانه بعد ان ضعف الاول بانه اقرار في حق الغير قال : لكن يشكل بشيء وهو ان من بيده مال الغير مصدق في دعوى الوكالة بغيرخلاف ، ويجوز الشراء منه والتصرف تعويلا على قوله، وكذا لوادعى الشراء من المالك يسمع فلم لاتثبت الشفعة بدعواه الشراء مع الحكم بنفوذه وقوى في التحرير ثبوت الشفعة ، والذي يخطر بالبال انه انكان المراد بثبوت الشفعة انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه الى المدعى كماهو المتبادر من ذكر الدعوى فهو مشكل، والظاهر العدم لانمجرد دعوى الشراء ممن في يده مال الغير لايبطل الثبوت شرعاً ، وليس المراد بجواز الشراء منه لوادعى الوكالة الحكم بالوكالة، وانكان المراد جواز أخذ المدعي ذلك بدعوى من بيده المال الشراء فليس ببعيد،كمايجوز له الشراء

والاتهاب ونحوهما من التصرفات، ثم يكون الغائب على حجته ـ انتهى .

وان كان الظاهر ان في شقه الاول حيث قال: والذي يخطر بالبال الخ نوع نظر، اذ لماحكم شرعاً بصحة قول ذي اليد فيماتحت يده، وان كنا علمنا انه سابقاً لغيره ، كان مقتضى القاعدة انتزاع الحاكم الشقص وتسليمه الى المدعي،كمافي سائر موارد الشراء مع انا نعلم بأن المال لم يكن سابقاً لهم ومثله قبول الهبة وما أشبه من الضيافة ونحوها ، وأي فرق بين أن يدعي انه اشتراه منه فيجوز للانسان التصرف فيه حسب قوله ، وبين ان يقول: هو ملك المالك، وانما هو مأذون بالتصرف فيه، أي نوع من التصرف .

ويؤيد ماذكرناه مارواه حفص بن غياث،(١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال:قلت له: رجل ، قال له رجل : اذا رأيت شيئاً في يد رجل يجوز لي ان أشهد انه له؟ قال : نعم ؟ قال الرجل : اشهد انه في يده ، ولاأشهد انه له فلعله لغيره ؟ فقال أبوعبد الله عليه السلام : أفيحل الشراء منه ؟ قال : نعم ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : فلعله لغيره ، فمن أين جاز لك ان تشتريه ويصير ملكاً لك ، ثم تقول بعد الملك هو لي وتحلف عليه ولايجوز ان تنسبه الى من صار ملكه من قبله اليك ؟ ثم قال أبو عبد الله عليه السلام : لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق ، ولذا قال في الجواهر في ردماذكره جامع المقاصد: من عدم جوازانتزاع الحاكم لايخفى عليك مافيه بعد التأمل فيما ذكرناه بحكم الحاكم على من في يده المال بعد اعترافه بالشراء وبانتزاعه منه مؤاخذاً له باقراره المتعلق به ليس حكماً على الغائب الذي هو على حجته، بل لاوجه لعدم الانتزاع منه بعد ايجادسبب الاخذ

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢١٥ الباب ٢٥ من كيفية الحكم ح ٢ .

بالشفعة مع فرض جوازالاخذ منه بالدعوى المزبورة التيهي اقرار في حقه، ودعوى في حق الغيرنحوالحكم بالانتزاع ممن في يده المال المدعى للوكالة، ثم امتنع بعد ان جرت صيغة البيع بينه وبين المشتري .

فقول الجواهر بعد ذلك : ان قلنا بعدم جواز الاخذ على وجه يتصرف بالشقص اتجه عدم جوازالانتزاع ، وان كان لوأخذ بالشفعة قولامع دفع الثمن وصادف صدق المدعي ترتب عليه حكمالملك من حين الاخذ ، وان لميكن عنوانها ثابتاً في الظاهر، ولكن يكفي فيه كونه كذلك في نفس الامر ـ انتهى.

محل مناقشة اذلاوجه لقوله : لوقلنا ، بعد ان عرفت ان مقتضى القاعدة تصديق ذي اليد بما في يده ، سواء ادعى الملكية اوالوكالة أوالوصاية أوما أشبه .

ثم قال : انما الكلام في جريان احكام الشفعة من التصرف فيه بغير رضاه وانتزاعه منه قهراً وبطلان الشفعة مع عدم الفوربها ، وغير ذلك من أحكامها بمجرد دعوى الوكالة ، والفرض ان جميعها أحكام شرعية مترتبة على موضوع لم يتحقق ، ولاأقل من الشك والاصل عدم ترتب هذه الاثار ، فلا ريب في ان الاحوط عدم ذلك كله ، ولذا قال الجواهر أخيراً : لكن الانصاف مع ذلك كله ان الجواز لايخلو من وجه ـ انتهى .

بل اللازم القول به ، فهو لايخلو من قوة .

ثم ان ظهر كذب المدعي للوكالة والاذن والولاية والوصاية وماأشبه ،فان أجاز المالك البيع ، فان قلنا بالكشف صحت الشفعة ، وان قلنا بالنقل احتاج الامر الى الاخذ بالشفعة حالا ان كان الشروط في الشفعة متوفرة في حال الاجازة ، كما هو واضح .

قال في الشرائع : فلو قضى بها وحضر الغائب ، فان صدق فلا بحث ، وان أنكرفالقول قوله مع يمينه ، وينتزع الشقص وله اجرته من حين قبضهالى حين رده ، ويرجع بالاجرة على البائع ان شاء لانه سبب الاتلاف ، أوعلى الشفيع لانه المباشر للاتلاف ، فان رجع على مدعى الوكالة لم يرجع الوكيل على الشفيع ، وان رجع على الشفيع رجع الشفيع على الوكيل لانه غره ، وفيه قول آخر وهذا أشبه .

أقول : كل ذلك واضح ، أما كون القول قوله مع يمينه فلان الذي كان بيده مدع وهو منكر ، فاذا لم تكن البينة للمدعى كان اليمين مع من أنكر ، وأما ان له اجرته من حين قبضه الى حين رده فلعموم[1] على اليد ماأخذت وغيره من أدلة الضمان ، لكنا ذكرنا في [كتاب الغصب] ان الأجرة انما هي فيما اذا فاتت ،أما اذا لم تفت الأجرة فلاضمان على تفصيل ذكرناه هناك ، وأما انه له الاجرة على أي من البائع أوالشفيع ، فلما ذكره الشرائع من انه سبب الاتلاف أوالمباشر للاتلاف ، بل وعلى المشتري بماقبل ذلك للمباشرة أيضاً، وبعد ماانتقل على الشفيع ، لعموم على اليد ، اذأيادى كل هؤلاء مترتبة ، فيد البائع أولا ، ويد المشتري ثانياً ، ويد الشفيع ثالثاً ، فكل واحد مأخوذ بما تلف تحت يده أوما تلف بعده .

وأما انه ان رجع على مدعى الوكالة لم يرجع الوكيل على الشفيع ولا على المشتري ، فقد علله في الجواهرباعترافه بكون المنافع لهما ، وانهظالم له بأخذ الاجرة منه ، والمظلوم لايرجع على غير من ظلمه ـ انتهى .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من الغصب ح ٤ .

لكن يلزم ان يقال : انه لايرجع اليهما ، وان أقر بكذبه ، لانه غار ، فلا يرجع الى المغرور ، فلا يتوقف الحكم على اعترافه كما ذكره ، وقد ذكرنا هنا وفي [كتاب الغصب] ان الغار لايجب ان يكون عامداً ، بل وان كان جاهلا جهلا مركباً ، أوجهلا بسيطاً ، فانه مرجوع اليه .

وأمانه ان رجع على المشتري ، أوالشفيع رجع كل منهما على الوكيل، فلما ذكره الشرائع في كلامه المتقدم بانه غره .

لكن قيده في الجواهر بقوله : اذا لم يصدرمنهما مايقتضى تصديق مدعى الوكالة ، والالم يرجع من صدرمنه ذلك عليه ايضاً لاعترافه بظلم المالك، وهو كما ذكره .

وأما القول الاخر ، فهو محكى عن المبسوط وهو رجوع مدعى الوكالة على الشفيع لورجع المالك عليه لاستقرار التلف في يده ، ولكن القول الاول هو الاشبه ،كما ذكره الشرائع ، لان أستقرار التلف في يد الشفيع لايوجب الرجوع اليه بعد ماغره الوكيل .

نعم يتم مع اعترافه بكذب المدعي في دعواه الوكالة فيكون كالغاصب الذي يستقر عليه الضمان مع التلف بيده كما ذكره في الجواهر .

ومما تقدم وغيره مما ذكرناه في كتاب [الغصب] ظهروجوه النظرفي قول المسالك حيث قال في تفسير عبارة الشرائع: لاشبهة في جواز رجوع المالك بما فات من منافع الشقص من حين قبض المشتري وبعد قبض الشفيع الى حين رجوعه اليه ، ولافي تخيره في الرجوع على من شاء ممن فاتت في يده ، ومن يدعى الوكالة لاشتراكهما في ترتب اليد على ماله ،كما تقدم في نظائره من

الغصب وغيره ، لكن انما يرجع على الشفيع باجرة زمان قبضه ، وعلى المشتري ماقبل ذلك ، وعلى مدعى الوكالة بالجميع ان شاء .

ثم ان رجع على مدعى الوكالة لم يرجع على أحدهما لاعترافه بأن المنافع حقه ، وانه ظالم له في الرجوع عليه والمظلوم لايرجع على غير ظالمه ، وان رجع على القابض رجع على الوكيل لانه غره بدعواه الوكالة ، وهذا انما يتم اذا لم يصدر من القابض مايقتضي تصديق مدعى الوكالة فيها ، والا لم يرجع عليه أيضاً لاعترافه بظلم المالك له ـ انتهى .

اذ يرد عليه انه لو رجع على مدعى الوكالة لم يرجع على أحدهما ليس على اطلاقه ، بل ان كان مدعي الوكالة جاهلا وأحدهما عالماً كان له الرجوع عليه ، لان المتلف قد أتلف مال المالك ظلماً ، بينما الوكيل جاهل ، والجاهل ليس بغار فيما اذا كان طرفه عالماً حتى يشمله دليل المغرور يرجع الى من غر.

ومنه يعلم حال ما اذا كان الشفيع عالماً والمشتري جاهلا ، حيث ان التلف الذي وقع بيد الشفيع يكون مضموناً على نفس الشفيع ، فاذا رجع المالك على المشتري كان له الحق في الرجوع على الشفيع فيما تلف بيد الشفيع .

كما ظهر مما تقدم وجوه النظر في قول التحرير حيث قال : ولو كان الشريك غائباً فادعى الحاضر على من حصة الغائب في يده انه اشتراه من الغائب فصدقه احتمل أخذه بالشفعة ، لان من كانت العين في يده مصدق في تصرفه، وعدمه ، لانه اقرار على غيره ، والاول أقوى .

وكذا لو باع القابض وادعى الشفيع اذن الغائب،فان أوجبنا الشفعة ، وقدم الغائب فأنكرالبيع أوالاذن قدمقوله مع اليمين ويأخذ الشقص ويطالب بالاجرة من شاء منهما ، فان طالب الوكيل رجع على الشفيع لتلف المتاع في يده ، وان طالب الشفيع لم يرجع على أحد ـ انتهى .

ثم ان أنكر مدعي الوكالة وكالته بعد ماباع للمشتري مدعياً الوكالة لم ينفع الانكار ، لانّه من الانكار بعد الاقرار ،كما انه لوباعه فضولة ثم ادعى الوكالة لم ينفع ادعائه الوكالة بعد اعترافه بانه فضول .

كما ان مما ذكر في باب بيع الفضولي ، ثم ارثه للمبيع يظهرما لوادعى الوكالة فباع ، ثم ظهر كذبه ، ثم ورث المال ، في انه هل يحتاج الى اجازة جديدة ، أويفسد البيع من حين ارثه ، الى غير ذلك من الفروع التي تعرف من كتابي [البيع والغصب] .

ثم قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : ولو اشترى شقصاً بمائة مثلا، ودفع اليه عوضاً يساوي عشرة مثلا ، أوابرئه من الثمن كلا أوبعضاً لزم الشفيع تسليم مائة ، أويدع لانه يأخذ بما تضمنه العقد نصاً وفتوى ، وان وقع بعد ذلك بين البائع والمشتري ابراء أومعاوضة عنه بشيء لايساويه ، أونحو ذلك مما لامدخلية له في صدق تضمن العقد اياه كما هو واضح .

أقول : هو كذلك ، وأما ما ورد(١) عن الصادق عليه السلام كما في دعائم الاسلام من قوله : اذا وضع البائع من المشتري بعد عقد الشراء مايوضع مثله بين المتبايعين وضع مثل ذلك من الشفيع ، وان كان الذي وضع مالايوضع

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ من الشفعة ح ٩ .

مثله فانما هوهبة للمشتري ، وليس بوضع عن الشفيع . فالمراد بالشق الاول منه ما اذا كان الثمن هو بعد الموضوع عرفاً ، فالموضوع لايعد من الثمن ، والقرينة على ذلك اردافه بالشق الثاني بقوله عليه السلام : وان كان الذي وضع ما لايوضع مثله الخ فهوغيرمناف لما ذكره الجواهرمن دلالة النص والفتوى على ان الاعتبار بالقيمة لابالزيادة والنقيصة بعد ذلك .

كما ان مما تقدم يظهر وجه قوله الآخر عليه السلام[1] ، حيث قال : اذا قام الشفيع على المشتري ، فقال : اشتريت بكذا وكذا فسلم له الشفعة ، ثم علم انه اشترى بأقل من ذلك ، قال له : الرجوع ان أحب القيام بشفعته .

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ٨ .

فصل

فى مسقطات الشفعة

من المسقطات عند غير واحد ، بل المشهور ، بل في الرياض شهرة عظيمة بطلان الشفعة بترك المطالبة مع العلم ، وعدم العذر ، وعن المرتضى وأبي علي ، وعلي بن الحسين الصدوق ، وأبي المكارم وابن ادريس وأبي الصلاح لاتبطل الا ان يصرح بالاسقاط ، ولو تطاولت المدة .

وحيث قد تقدم الكلام في ذلك فلا داعي الى تكراره ، ومن المسقطات على اختلاف ما ذكره الشرائع قال : ولو نزل عن الشفعة قبل البيع لم تبطل مع البيع ، وفيه تردد . وقال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة :

(ولو أسقط حقه من الشفعة قبل البيع أونزل عنها أوعفا أواذن فالاقرب عدم السقوط) : اختلف الاصحاب في مسائل هي مسقطة للشفعة أم لا ؟ سواء قلنا انها على الفور أو التراخي .

الاولى : ان ينزل عن الشفعة قبل البيع بمعنى انه يتركها ويعفوعنها ، ففي سقوطها حينئذ قولان :

الاول : عدم السقوط كماهوخيرة أبي علي فيما حكي من كلامه ، والمبسوط

والسرائر والنافع والتذكرة والتحرير والتبصرة والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح ، وهوظاهر الحواشي،وفي التنقيح ان عليه الفتوى .

الثاني : السقوط كما هوخيرة الارشاد وظاهرمجمع البرهان ، وكذا غاية المراد ، وتردد في الشرائع ، وهو ظاهر الدروس ، حيث لاترجيح فيه ، لكنه يلوح منه الميل الى السقوط ، وقدنسب فيه التردد الىالمختلف ، وفي المقنعة والنهاية والوسيلة وجامع الشرائع انه متى عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن أوزائداً عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة ، وان باع بأقل من الذي عرض عليه كان له المطالبة بها ، الى آخر كلامه .

استدل القائلون بعدم السقوط بانه اسقاط مالم يجب ، فما دام لم يكن بيع لم يكن حق،فاذا حدث البيع حدث الحق ، ولادليل على ان الحق قبل البيع حتى يكون الرضا أوالاسقاط أونحوهموجباً لسقوطه .

ويدل عليه مرسل يونس[1] ، عن أبيعبدالله عليه السلام قال : سألته عن الشفعة لمن هي ، وفي أي شيء هي ، ولمن تصلح ، وهل تكون فيالحيوان شفعة ، وكيف هي ؟ فقال عليه السلام : الشفعة جائزة في كل شيء من حيوان أوأرض أومتاع اذا كان الشيء بين شريكين وغيرهما فباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره ، وان زاد على الاثنين فلا شفعة لاحدهم .

وعن الحلبي[2] ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال في المملوك : يكون بين

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٢ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٣ .

شركاء فيبيع أحدهم نصيبه ، فيقول صاحبه : انا أحق به أله ذلك؟ قال : نعم اذا كان واحداً قيل له : في الحيوان شفعة ؟ قال : لا .

وعن عبدالله بن سنان[١] ، قال : قلت لابي عبدالله عليه السلام : المملوك يكون بين شركاء فباع أحدهم نصيبه ، فقال أحدهم : انا أحق به أله ذلك ؟ قال : نعم ، اذا كان واحداً .

وفي الرضوي[٢] عليه السلام ،روي ان الشفعة واجبة في كل شيء ن الحيوان والعقار والرقيق اذا كان الشيء بين الشريكين فباع أحدهما فالشريك أحق بـه من الغريب ، واذا كان أكثر من اثنين فلا شفعة لواحد منهم .

وعن دعائم الاسلام[٣] ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انه قال : اذا كان العبد بين رجلين فباع أحدهما نصيبه فالاخر أحق بالبيع ، وليس في الحيوان شفعة . الى غير ذلك .

أما القائلون بالسقوط ، فقد استدلوا بامور : الاول ان الاصل عدم الشفعة فيما شك فيه بعد كونها خلاف الاصل،لان تسلط الانسان على ملك غيره خلاف قاعدة [الناس مسلطون][٤] . خرج منه القدر المتيقن ، وهوما اذا لم يسقطه قبل البيع، فاذا أسقطه كان المرجع عموم [الناس مسلطون] وقد أيد ذلك باسقاط الزوجة النفقة قبل مجيء وقتها ، واجازة الورثة الوصية بما زاد على الثلث قبل الموت ، واجازة الزوجة سفر الزوج أكثر من أربعة أشهر،واجازة الزوج سفرها

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٤ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ ح ١ .

(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ٧ ح ٣ .

(٤) العوالي : ج ٢ ص ١٣٨ .

الى غير ذلك من الحقوق التي تسقط قبل وقتها ، خصوصاً اذا قلنا : ان الشفعة عرفي ، والعرف يرون السقوط بالاسقاط قبل الوقت الذي هو وقت البيع .

الثاني : ان الشفعة انما شرعت لازالة الضرر ، كما أومىء اليه في بعض الروايات كخبر[1] عقبة وغيره ، ولاضرر في المقام لانه قدعرضه عليه وامتنع فنزل عن الشفعة ، وحيث لاضرر فلا شفعة ، ولواحتمل انه ضرر أيضاً لندمه ونحوه فلا يؤخذ به، لانه هو الذي أدخله على نفسه، كما لو اخر المطالبة فيمن يقول بالفور.

الثالث : جملة من الروايات :

مثل رواية جملة من العلماء مراسيل ، عن النبي ﷺ يدل على السقوط لو عرضه على الشريك فلم يقبله ولم يأخذ به قبل البيع ، قال في النهاية[2] : ان عرض البائع الشيء على صاحب الشفعة بثمن معلوم فلم يرده فباعه من غيره بذلك الثمن ، أو أزيد عليه لم يكن لصاحب الشفعة المطالبة ، وان باع بأقل من ذلك الذي عرض عليه كان له المطالبة .

وقال فيها[3] أيضاً : واذا علم الشريك بالبيع ولم يطالب بالشفعة ، أو شهد على البيع أوبادل للبائع فيما باع أوللمشتري فيما ابتاع لم يكن له المطالبة بعد ذلك بالشفعة .

وقال في مفتاح الكرامة : الخبر المروي فى السرائر على عبارة النهاية الا قوله في النهاية: ان باع بأقل، الى آخره، فليس مروياً في الخبر، والمروي في التذكرة[4] بمتن آخر .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .

(٢) النهاية ص ٤٢٥ ط قم .

(٣) النهاية ص ٤٢٤ ط قم .

(٤) التذكرة : ج ١ ص ٥٨٩ .

فقد روي عن جابر، عن النبي ﷺ، الشفعة في كل شركة بأرض أو ربع أوحائط لايصلح ان يبيع حتى يعرض على شريكه فيأخذ أويدع . قال : فقد اجازتركه ، قلت: والمراد بالاخذ الشراء لا الاخذ بالشفعة، وقد رواه الشهيد ، ومن ذكره بعده انه قال ﷺ: لايحل ان يبيع حتى يستأذن شريكه ، فان باع ولم يأذن فهو أحق به .

وفي غاية المراد والتنقيح والدروس والمهذب البارع ومجمع البرهان وغيره بمتن آخر، ولم ينسب في أحد هذه الى العامة، بل ظاهرهم جميعاً حتى المقدس الاردبيلي ثبوته وغايته انه مرسل ، ولم نقف على راد له وقائل بأنه عامي قبل صاحب الحدائق، فتبعه شيخنا صاحب الرياض، الى آخر كلامه .

وفي رواية ابن سنان (١)، انه سأله عن مملوك بين شركاء أراد أحدهم بيع نصيبه ؟ قال : يبيعه، قلت : فانهما كانا اثنين فأراد أحدهما بيع نصيبه فلما أقدم على البيع، قال له شريكه: أعطني؟ قال: هو أحق به، ثم قال عليه السلام : لاشفعة في الحيوان الاأن يكون الشريك فيه واحداً .

وفي الرضوي (٢) عليه السلام: ولا ضرر في شفعة ولا ضرار ، والشفعة على البائع والمشتري، وليس للبائع ان يبيع أويعرض على شريكه أويجاوره،ولاللمشتري ان يمتنع اذا طولب بالشفعة .

وقال عليه السلام : وانما يجب للشريك اذا باع شريكه ان يعرض عليه ، فان لم يفعل يطلب الشفعة متى ماسأل الا ان يتجافي عنه، أويقول : بارك الله لك فيما اشتريت أوبعت، أويطلب منه مقاسمة .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٢ الباب ٧ ح ٧ .

(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ١٢ .

وعن غوالي[1] اللئالي، عن النبي ﷺ، انه قال: لايحل ان يبيع حتى يستأذن شريكه، وان باع ولم يأذن فهو أحق به .

لكن الادلـة المذكورة كلها محل مناقشة، اذ الاصل لايدفع الاطلاق ولا ضرر حكمة لا علة كماتقدم ، والروايات بالاضافة الى ضعف سندها غيرظاهرة الدلالة أومعارضة بأظهر منها دلالة مثل ماتقدم .

وماعن غوالي[2] اللئالي ، عن النبي ﷺ قال : الشفعة في كل مشترك ربع أو حائط فلا يحلّ له ان يبيعـه حتى يعرضه على شريكه ، فان باعـه فشريكه أحق به .

والرضوي[3] عليه السلام روي انه ليس في الطريق شفعة الى ان قال: ولافي شيء مقسوم فاذاكانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصة واحدة فباع رجل داراً منها من رجل فكان لصاحب الدار الاخرى شفعة اذا لم يتهيأ له ان يحول باب الدار التي اشتراها الى موضع آخر، فان حوّل بابها فلاشفعة لاحد عليه .

وفي المقنع[4] الذي هو متون الروايات: واذا كانت دار فيها دور وطريق أبوابها في عرصة واحدة فباع أحد منهم داراً منها من رجل فطلب صاحب الدار الاخرى الشفعة ، فان لـه عليه الشفعة اذا لم يتهيأ لـه ان يحول باب الدار التي اشتراها الى موضع آخر فان حول بابها فلاشفعة لاحد عليه .

وعن دعائم الاسلام[5] ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، انـه سأل عن رجل ادعى انه

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ١٤ .
(٢) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ١ ح ١ .
(٣) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ٢ .
(٤) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٤ ح ٣ .
(٥) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٨ الباب ١١ ح ٣ .

اشتري شقصاً عن غائب فقام عليه الشفيع ؟ قال : لاشفعة له حتي يثبت البيع .
الى غيرذلك .

وكيف كان، فقد ظهر بذلك وجه النظر في قول الجواهر، حيث قال في أواخر كلامه: نعم بقي شيء، وهو انه قد يقال: ان مقتضى مافي غير واحد من النصوص من كون الشريك أحق متى أراد شريكه البيع يثبت الحق له قبل البيع بحيث لوباع كان له انتزاعه من المشتري فحق الشفعة حينئذ الثابت له بعد البيع مترتب على الاحقية السابقة على البيع، وان كان لايأثم بالمخالفة خلافاً لبعض الشافعية ، فضلا عن صحة بيعه ، فان حق الشفعة بعد البيع لايفسد معه التصرف، وان كان للشفيع فسخه، وحينئذ فيتجه صحة انشاء الاسقاط قبل البيع ولعله الى ذلك نظر العلامة وغيره ممن قال بصحته، مضافاً الى النصوص السابقة وهذا شيء دقيق وجيد جداً ـ انتهى .

فانه قد عرفت ان ظاهر الادلة بعد الجمع ان الحق انمايكون بعد البيع لا قبله فأشعار بعض النصوص لايصل الى الدلالة ولووصل الى الدلالة كانت دلالة غيرها أظهر كماسبق ، ولذا جعل في المسالك عدم السقوط أقوى قال : لعموم الادلة ومنع كونه حينئذ حقه، فلايسقط باسقاطه، كمالو أسقطه غير المستحق ومنع بطلانها بمادل على الرضا بالبيع .

وكيف كان ، فقد ظهر مماذكرناه وجه النظر في جملة من أدلة الطرفين ، مثل ما عن مجمع البرهان من انه استدل على السقوط بأنه وعد ، والادلة على وجوب الوفاء به كثيرة، ولولاخوف خرق الاجماع لكان القول بوجوب الايفاء متوجهاً، فالقول به هنا غيربعيد، لعدم الاجماع على خلافه ، وما عن الرياض

من الاستدلال على عدم السقوط باجماع الانتصار وانه هو الحجة ، وما عن التنقيح من ان عليه الفتوى مع انه كمافي مفتاح الكرامة لا فتوى في الشرايع والمختلف والدروس وغاية المراد مع الميل في الأخيرين الى السقوط وفتوى الارشاد بخلاف ذلك، هذا مع الغض عن فتوى المتقدمين .

ومنه يعلم انه لاوجه لتردد صاحب الحدائق ، وان قال أخيراً بعدم الشفعة قال : المسألة لخلوها عن النص محل اشكال كغيرها من الفروع المذكورة ، وان كان القول بماذهب اليه ابن ادريس، ومن تبعه أقرب نظراً الى عموم أدلة الشفعة بأن الاسقاط قبل ثبوت الشفعة غيرمؤثر في المنع، والا لصحّ ذلك في غير هذا الحق من الحقوق مع انهم لايقولون به .

ثم ان قلنا بالسقوط قبل البيع ، واختلفا في انه هل اسقط أو لا ؟ فالقول قول المنكر، كما انه اذا قلنا: بأن السقوط لايكون الا بعد البيع لاينفع الاسقاط قبل تمام البيع ، ولوفي اثناء العقد ، لانه بتمام البيع يثبت الحق ، واذا لم يتم البيع لم يكن حق، ولافرق بين ان يكون البيع عقدياً أومعاطاتياً، لان المعاطاة أيضاً تنتهي بالتسالم كماحقق في محله .

ولوشك في انه هل وقع الاسقاط قبل تمام البيع أو بعده، كان مقتضى القاعدة ثبوتها، اذلم يعلم بسقوطها، ويأتي هنا مسألة مجهول التاريخ ونحوها .

قال في الشرائع: وكذا لوشهد على البيع أوبارك للمشتري أو للبائع ، أواذن للمشتري في الابتياع فيه التردد ، لان ذلك ليس بأبلغ من الاسقاط قبل البيع .

أقول: هذه موارد اختلفوا في اسقاطها للشفعة وعدم اسقاطها لها، فالاول ان يشهد على البيع بمعنى انه يسكت ولم ينكر فقد اختلفوا في ذلك .

قال في مفتاح الكرامة : في المقنع والنهاية والوسيلة وجامع الشرائع والنافع وكشف الرموز انها تسقط، وحكاه في الاخيرين عن الصدوق، وحكاه في جامع المقاصد عن ابن البراج، وفي السرائر والتذكرة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح انها لاتسقط، وفصل في المختلف بوجود الامارة على الرضا وعدم وجودها ، وتردد في الشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وغاية المراد والمقتصر .

أقول: أما وجه السقوط فلان السكوت دال على الرضا، والرضا سقوط، ولمنافاة ذلك للفورية حيث قد عرفت اعتبار الفورية، وفيهما مالايخفى فالاصل عدم السقوط .

نعم ماذكره الرياض محل نظر، قال: ان عدم الابطال بالاسقاط قبل البيع يستلزم عدمه فيماعداه بطريق أولى، اذليس بأبلغ في الدلالة على الابطال من الاسقاط قبل البيع، بل هوأبلغ، فكيف يفرق بينهما بالعدم في الاول والسقوط في الباقي، بل العكس أولى، وقد نبه على الاولوية في المسالك ـ انتهى .

اذليس المعيار الاولوية الظنية ونحوها ، بل المعيار الادلة ، ومقتضى القاعدة عدم السقوط، فان الشهادة على البيع غير الرضا بالبيع، كما ان ذلك لايستلزم التراخي الذي يوجب السقوط ، حيث قد عرفت في مبحث الفور والتراخي ان الفور عرفي لو قلنا به كماهو الاظهر، لانه دقي عقلي حتى ينافيه مثل الشهادة على البيع .

وأما اذا بارك فقد اختلفوا في ذلك هل يوجب السقوط أم لا ؟ قال في مفتاح الكرامة: ان يبارك لهما أو لاحدهما، والحال فيهاكالشهادة على البيع ، فمن قال هناك بالسقوط قال به هنا ، ومن قال بالعدم هناك قال هنا بالعدم ،

والمتردد هناك تردد هنا وفي التنقيح وجامع المقاصد والمسالك انها أي المباركة ان نافت الفورية أسقطت والا فلا .

أقول : قد عرفت ان مقتضى القاعدة عدم السقوط ، لان مجرد المباركة لاتدل الاعلى صحة البيع ، والشفعة بعد البيع ، فلا ربط لاحدهما بالآخر.

نعم في الرضوي عليه السلام[1] انه مسقط ، قال عليه السلام : وانما يجب للشريك اذا باع شريكه ان يعرض عليه ، فان لم يفعل يطلب الشفعة متى ماسأل ، الا ان يتجافي عنه ، أويقول : بارك الله لك فيما اشتريت أوبعت ، أويطلب منه مقاسمة، لكن الرواية ضعيفة ، ولذا لم أجد من استدل بها على القول بالاسقاط ، مع ان جملة منهم قائلون بالاسقاط بها كما عرفت .

وأما اذا أذن في البيع فقد اختلفوا فيه ، قال في مفتاح الكرامة : ان أذن للمشتري في الشراء أوللبائع في البيع في الكتاب والمبسوط والتذكرة والتحرير في موضع منه ، والايضاح والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية والمفاتيح وظاهر الحواشي انها لاتسقط ، وفي النافع : ان الاشبه السقوط ، وحكى أبو العباس عن الشيخ في النهاية ويحيى بن سعيد ، ولعله لان الاباء وعدم الارادة في معنى الآذن، وتردد في الشرائع والارشاد وموضع آخر من التحرير، ولاترجيح في الدروس وغاية المراد والمقصر ـ انتهى .

لكن قدعرفت ان مقتضى القاعدة عدم السقوط،لان الاذن ليس معناه ارادة عدم أخذ الشفعة ، فاطلاق أدلة الشفعة محكم .

أما دليل القائل بالسقوط فقد عرفته مما تقدم ، بالاضافة الى بعض الروايات

---

(١) المستدرك : ج ٣ ص ١٤٩ الباب ١١ ح ١٢ .

السابقة التي يمكن ان يستدل بها ولو اشعاراً ، وقد عرفت مـا فيهما .

ولقد أجاد الجواهر حيث قال أخيراً : الظاهر عدم دلالة شيء منها من حيث هي مالم تقترن بقرائن على ذلك، خصوصاً مع قيام احتمال ارادة التنفيذ لوقوع البيع ، بخـلاف مالو وقع منه العلـم لهما أو لاحدهما فـي البيع والابتياع بعنوان الاعراض عنها علـى الوجه الذي قد عرفت الحال فيه، فانه حينئذ لا شفعة لـه .

وكذا كل ماكان من هذه المذكورات أوغيرها دالاً على ذلك ، ولو بقرائن الاحـوال .

ثم انه على الفور قال في الشرائـع : ولو بلغه البيـع فيما يمكن اثباته بـه كالتواتر أوشهادة شاهدي عدل فلم يطالب، وقال لم اصدق بطلت شفعته ولـم يقبل عذره ، ولو أخبره صبي أوفاسق لم تبطل وصدق ، وكذا لو أخبره واحد عدل لم تبطل شفعته وقبل عذره ، لان الواحـد ليس حجة .

أقول : الوجه في ذلك انه اذا علم أوقام عنده مايثبت به شرعاً كالتواتر ، وخبر العدلين فالشفعة ثابتة ، أما قطعاً في صورة العلم ، وأما شرعاً في صورة قيام الحجة ، فعدم الاخذ ينافي الفور ، وقـد عرفت سابقاً ان الفور العرفي هو مقتضى القاعدة ، فعذره بانه لم أصدق التواتر أوشهادة شاهدي عدل لاينفع في بقـاء الشفعة .

نعم مقتضى القاعدة انه اذا لم يصدق واقعاً بأن كان شاكاً في الامر لم تسقط الشفعة ،لانه لادليل على سقوطها بعد عموم الادلة الشامل لوجود الشك واقعاً، فكثيراً مايشك الانسان فيما قامت عليه الحجة ، ومثل ذلك عذر عرفاً ، فيشمله دليل الاعذار السابقة ، وكانه لذا قال في الجواهر عند قول المصنف : ولم يقبل

عذره الذي مرجعه المكابرة ضرورة كون المفروض طريقاً شرعاً لثبوته ، فهو حينئذ كالمعاينة أوالعلم بذلك ، فان قوله : المكابرة ، يؤيد انه اذا لم يكن مكابرة لم يكن سبباً للسقوط الا ان يكون كلام الجواهر حكمة لما أطلقه الشرائع ، فلا يدور حكمه مدار المكابرة وجوداً وعدماً ، وانما ذكر ذلك من باب غلبة المكابرة في قبال قيام الحجة ، لا انها المناط في الحكم اثباتاً ونفياً ، وقد أخذه من المسالك حيث قال : لما كان ثبوت الشفعة متوقفاً على بيع الشقص اعتبر علمه به بالمعاينة أوباعتراف المتبايعين أوباخبار عدد يبلغ عددهم التواتر بحيث يفيد العلم أوباخبار عدلين ، فان أخر المطالبة مع وجود أحد هذه بطلت شفعته حيث اعتبر فوريتها .

ولو قال : لم أصدق المخبر من العدلين وعدد التواتر لم يقبل منه ، لان ذلك مكابرة ، حيث كان اثباتها شرعاً ممكن بذلك ـ انتهى .

لكن اذا ناقش في عدالة الشاهدين أوما أشبه كأن قال : لم أكن أعرف عدالة الشاهدين أو وصول العدد الى حد التواتر المفيد للعلم مثلا ، أو لم احصل العلم من التواتر لاعلماً وجدانياً ولاعلماً شرعياً ، لم يكن لبطلان الشفعة وجه ، لعدم الثبوت لاعلماً ولاشرعاً .

ثم ان مقتضى ما ذكروه في [كتاب الشهادات] من الثبوت في الماليات بسبب المرأة أيضاً، انها تثبت بسبب شهادة المرأة على تفصيل ذكروه هناك .

ثم قال المسالك : ولوأخبره عدد لايبلغ التواتر،لكن حصل به الاستفاضة وأفاد الظن الغالب المتاخم للعلم ، فان صدقه بطلت شفعته ، والافقي بطلانها وجهان مبنيان على ان مثل هذا الحق يثبت بالاستفاضة أم لا ؟ والاقوى كونه عذراً ، وان قلنا بثبوته بها للخلاف في ذلك فكان عذراً،هذا اذا اعترف بحصول

العدد الموجب لها ولم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أوالتقليد ، والا لم يعذر كالشاهدين ، وتبعه الجواهر قائلا : لو أخبره عدد لايبلغ التواتر ، لكن حصل به الاستفاضة الموجبة للظن الغالب فلم يشفع لم تبطل شفعته لعدم الدليل على ثبوت الشفعة بذلك ما لم يصل الى حد العلم فيجب حينئذ ـ انتهى .

ولو ادعى عليه المشتري العلم وأنكر ، فالظاهر ان له الحق في حلفه ، لانه من باب الدعوى،فلا يقال : حيث ان الشفيع أعرف بنيته يصدق من دون حلف ، ولو قال : لم يحصل لي باخبارهم الظن الغالب ، فهوعذر ، وان حصل لغيره لان ذلك أمر نفساني لايمكن معرفته الا من قبله ،كذا في المسالك .

وأشكل عليه الجواهربقوله : لايخفى مافيه ، ولم يظهر وجه للاشكال عليه، كما انه لم يظهر وجه لاشكال الجواهرعليه في فرعه السابق وهوماتقدم من قول المسالك ، ولم يكن مذهبه ثبوتها بذلك بالاجتهاد أو التقليد ، فقد سبق ان الاعذار العرفية توجب عدم سقوط الشفعة ، فان الفورية انما تكون اذا لم يكن هناك عذر ، ومثله لوقال : لم أسمع الشاهدين لصمم أونحوه .

ومما تقدم ، ظهروجه قول الشرائع : فيمالوأخبره صبي أوفاسق ،أواخبره عدل واحد،لان كل ذلك ليس بحجة حسب الموازين في باب الشهادات .

أما اذا ادعى المشتري عليه العلم بسبب اخبار الصبي أوالفاسق أوماأشبه فله عليه حق الحلف .

قال في المسالك : ولوكان المخبر عدلا واحداً ، فان صدقه ولم يطالب بطلت أيضاً ،لان العلم قد يحصل بخبره مع احتفافه بالقرائن ، وان لم يصدقه أوسكت لم تبطل لعدم ثبوت البيع لخبره ، ولوكان واحداً غير عدل أوامرأة واحدة أوصبياً غير عدول لايبلغ عددهم حد الاستفاضة لم تبطل بتأخيره ،لان

خبر هؤلاء لايفيد العلم ولاالثبوت شرعاً ، ولوصدق الخبرففي عذره بالتأخير بعده وجهان : من ان التصديق لايستنـد الى علم ولاسند شرعي فلاعبرة به ، ومن امكان استناده الى القرائن ، فان الخبر المحفوف بالقرائن المفيدة للعلم لاينحصر في العدل ، ولعل هذا أوجه .

أقول : المدار على الواقع ، فان كان مصدقاً واقعاً فالشفعة ساقطة ، وان لم يكن مصدقاً واقعاً فالشفعة غيرساقطة،والتصديق اللفظي ليس مداراً للحكم، وان كان يؤخذبه .

ثم ان الجواهر ذكران احتمال قبول عـذره حتى مع حصول العلم معه في مورد عدم الثبوت شرعاً ولومن القرائن المفيدة له واضح الفساد ، قال : وماأبعد مابين ذلك وبين احتمال الاكتفاء به مايعلم كذبه ، لعموم حجيةالعدل وهوكما ذكره ، اذ مقتضى القواعد انه اذا لم يكن علم ولاعلمي لم‌يثبت‌الا ان يعلم هوفي قرارة نفسه ، فان العلم حجة ذاتية توجب الثبوت ، فعدم‌الاخذ ينافي الفورية .

ثم‌انه‌أشكل فيماذكره‌المسالك سابقاً من ثبوت‌البيع على‌وجه‌تسقط‌الشفعة مع عدم‌الفوربها لغيرعذرباعتراف المتبايعين ، اذ إعتراف (١) المتبايعين‌لايوجب علماً، ولاعلمياً ، وانما يمكن الاخذ به باعتباران اعتراف العقلاء على‌انفسهم جائـز حتى في مثل الفاسق والكافر ، ولـذا اشكل عليه الجواهر بقولـه : ان اعترافهما انما هو حجة عليهما ، لانه مثبت للموضوع واقعاًبحيث يترتب‌عليه الحكم المتعلق بغيرهما فتأمل ـ انتهى .

وفيه : انـه مثل اعترافه بانه ولـده مما يمكن اثبات الاحكام عليه بمجرد

---

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ١١١ الباب ٣ من الإقرارح ٢ .

الاعتراف ، فان مقتضي اعتراف العقلاء على أنفسهم جائـز ، ترتيب الاثار الشرعية الاأذا علم الخلاف ، وعليه فما ذكره المسالك غير بعيد .

قال في الشرائع : ولوجهلا قدر الثمن بطلت الشفعة لتعذر تسليم الثمن، وفي المسالك :لماكان الشفيع انمايأخذبالثمن الذي وقع عليه العقد ،ولايملك أولايتم ملكه الابتسليمه اشترط العلم بكميته والالم يصح الاخذ لفقد الشرط وهو تسليم الثمن المعين ، ومقتضى ذلك انه لافرق بين ان يدفع قدراً يعلم اشتمال الثمن عليه وتبرع بالزائدوعدمه ، ويحتمل الاجتزاء بذلك لصدق تسليم الثمن وزيادة وضمير جهلا قدره (فی كلام الشرائع) يرجع الى المشتري والشفيع ، لأن المعاوضة الثانية وقعت بينهما ، ويتحقق ذلك مع تصادقهما على الجهالة .

أمالوادعاها المشتري وانكرالشفيع وادعى عليه العلم فسيأتي البحث فيه.

أقول : الظاهرانه يصح الاخذ بالشفعة سواء جهل أحدهماأو كلاهماالثمن، أوالمثمن ، ويتحقق ذلك بالنسيان ، أو اجراء الوكيل وما أشبه ، وذلك لعدم التلازم بين التسليم والتسلم والعلم ، فان رضيا كلاهما أورضى الجاهل صحت الشفعة لاطلاق أدلتها .

أما اذا لم يرضيا ، أو الجاهل منهما ، ففي صحة الشفعة احتمالان ، من اطلاق الادلة والتسليم أمر ثانوي ، فاذا أخذت الشفعة اجريت القواعد بالنسبة الى التسليم والتسلم ، كالقرعة أوالعدل أوما أشبه ، ومن العدم لما تقدم في المسالك ، ولانصراف أدلة الشفعة عنه ، ولعل الاول أقرب .

ومنه يعلم انه لاوجه لاطلاق المسالك .

قال في الجواهر : تبطل الشفعة حتى وان دفع الشفيع قدراً يشتمل عليه مع فرض عدم قبول المشتري التبرع المزبور لما فيه من المنة بل وان قبله في وجه قوى مع احتمال الاجتزاء لصدق تسليم الثمن وزيادة قال : بل وكذا الكلام في جهل الخصوصية ، وان دارت بين امرين وسمح بهما الشفيع،وفيه لاوجه لاحتمال عدم الاجتزاء ان دفعه الشفيع وقبل المشتري ،كما لاوجه لعدم الشفعة فيما دار بين امرين وسمح بهما الشفيع وقبل المشتري اذ لادليل على خصوصية العلم .

ومنه يعلم الكلام فيمااذا كان الشفيع مردداً بين هذاأوذاك ، أوكان المشتري مردداً بين هذا أوذاك .

قال في الشرائع : ولوكان المبيع في بلدناء فأخرالمطالبة توقعاً للوصول بطلت الشفعة ، وفي الجواهر بناء على الفور بلاخلاف أجده بين من تعرض له لعدم ثبوت كون ذلك عذراً ، وعليه ان يأخذ حينئذ ويدفع الثمن ، وان تأخر قبض الشقص لما عرفت من وجوب تسليم الشفيع الثمن أولا ، لكونه جزء مملك أولا ، لكن فيه ماعرفت سابقاً من عدم الدليل على تقدم أحدهما على الاخر ، بل اللازم التقابض فيأخذ بالشفعة ، لكنه ليس عليه ان يسلم الثمن ، اذ ينفيه دليل لاضرر ، وانما يكون التسليم والتسلم بعد امكان أخذ الشقص .

قال في المسالك : المراد ان تأخير الاخذ لقبض الشقص ، أويصل اليه ليس عذراً ، بل عليه أن يأخذ ويدفع الثمن ، ثم يسعى في تحصيل الشقص لما تقدم من ان الشفيع يسلم الثمن أولا ولو اعتبرنا التقابض معاً ،كما في غيره من المعاوضات احتمل عذره في التأخير ليحصل التقابض معاً والوجه العدم ، لان الفور المعتبر حينئذ الاخذ القولي ويبقى تسليم الثمن حكماً آخر

لوسلم اعتبار التقابض معاً .

وكيف كان، فمقتضى القاعدة هو الاخذ القولي ، ثم يقع التسليم والتسلم عند التمكن، وعليه فلا فرق بين كون الثمن في مكان ناء أوكون المبيع كذلك أوكون أحد من الثمن والمثمن في مكان قريب، لكنه غير ممكن الوصول اليه للتقابض ، فالتقابض شيء والأخذ بالشفعة شيء آخر .

ومما تقدم ظهر وجه ماذكره التذكرة في محكي كلامه قال: لايجب الطلب في بلد المبايعة، فلو بيع الشقص بمصر، ثم وجد الشفيع المشتري بمصر آخر فأخّر الطلب ، فلما رجعا الى مصره طالبه بالشفعة لم يكن له ذلك وسقطت شفعته ، فان اعتذر عن التأخير بأني تركت الطلب لاخذ في موضع الشفعة لم يكن ذلك عذراً ، وقلنا له ليس تقف المطالبة على تسليم الشقص فكان ينبغي أن تطلبها حال علمك بها فبطل حقّك لاستغناء الاخذ عن الحضور عند الشقص - انتهى .

ونحوه ماحكي عن المبسوط ولايبعد أن يكون حال امكان الاتصال بالمشتري بسبب التلفون في هذه الازمنة حال ماإذا تمكن من المشتري، لكنه لم يأخذ بالشفعة ، لان الاعتبار بالفورية العرفية الممكنة بسبب هذه الالة ، بل وكذا الحال بسبب اللاسلكي ونحوهما لوحدة الملاك في الجميع .

ثم هل الواجب على الشفيع السعي الى المشتري اذا كان في بلد آخر ، أوكان مجهولا في بلده فيسأل عنه الظاهر ان السعي واجب الاّ اذا عد ذلك عذراً عرفاً سواء سعى بنفسه أو بوكيله، ولذا أشكل على العبارة المتقدمة عن التذكرة في مفتاح الكرامة قائلا : ولايخفى مافي التذكرة من قوله ثمّ وجد

الشفيع المشتري الى آخره، لانه بعد علمه يجب عليه السعي بنفسه أو وكيله، فان أهمل بطلت كما هو الشأن في المسافر الا أن يقال: ان المراد ان ذلك مع العجز، أو يقال: انه يعدل عن اطلاق قوله: ثم وجد الشفيع الشامل لما اذا وجده اتفاقاً لمكان قوله فكان ينبغي أن تطلبها حال علمك.

ثم ان الشرائع قال: ولو بان الثمن مستحقاً بطلت الشفعة لبطلان العقد، وكذا لو تصادق الشفيع والمشتري على غصبية الثمن أو أقرّ الشفيع بغصبيّته منع من المطالبة، وكذا لو تلف الثمن المعين قبل قبضه لتحقق البطلان على تردد في هذا.

أقول: لو بان الثمن مستحقاً، وهذا لايكون الا في الثمن المعين، سواء كان معيناً شخصياً أو معيناً في ضمن كلي كالصاع من الصبرة ولم يجز المالك كان مقتضى القاعدة بطلان الشفعة لبطلان العقد.

أما اذا لم يكن الثمن معيناً فلا بطلان، لان الكلي لم يتحقق في هذا الفرد الذي هو للغير، وانما يبقى على ذمة المشتري، وكذلك الحال لو ظهر الثمن المعين للغير، لكنه أجاز المالك، سواء أجازه للمشتري، وقلنا بصحة ذلك بأن يخرج الثمن من كيس انسان، ويدخل المثمن في كيس انسان آخر أو أجاز لنفسه، وقلنا بصحة ذلك كما ذكروه في الفضولية صحت الشفعة، وانما يتبدل المشتري في الصورة الثانية فيكون المشتري هو المالك للثمن لا الذي أوقع العقد، هذا بالنسبة الى البطلان واقعاً.

أما فرعه الثاني: وهو التصادق فالحكم فيه ظاهري لانه لا يعدو الاقرار، والاقرار لايغير الواقع، فان كان الواقع على خلاف تصادقهما صحّ للشفيع الاخذ بالشفعة سواء تصادق على غصبية الثمن أو عدم قابليته ثمناً، ولذا قال في

الجواهر: وان لم يكن مثبتاً للبطلان في نفس الامر بحيث يمضي في حق البائع الا ان الحق منحصر فيهما فيقبل ذلك في حقهما .

ومما تقدم يعلم انه لاحاجة الى تصادقهما ، بل يكفي اعتراف الشفيع ، ولذا قال في القواعد : أو اعترف الشفيع بغصبية الثمن المعين .

وفي مفتاح الكرامة نقل الحكم المزبور عن التحرير والحواشي وجامع المقاصد والمسالك قال: وهو قضية مافي المبسوط وقضية مافي التذكرة والارشاد وشرحيه والدروس من انه لو بان مستحقاً بطلت ، ثم ان الشفيع لو زعم انّ الثمن مستحق، ولذا لم يأخذ بالشفعة، ثم ظهر اشتباه زعمه كان له الاخذ بالشفعة لانه من عدم العلم بوقوع العقد فهو من الاعذار .

أما لو شك في انه مستحق أو غير مستحق وكان تحت نظر ذي اليد، فهل له ان لايأخذ بالشفعة لانه لايعلم بالعقد ، أو يلزم عليه الاخذ بحيث لو خالف فاتته الفورية الموجب لفوت الشفعة احتمالان ، وقد تقدم الكلام في انّه اذا قامت البينة على وقوع العقد ونحوه لم يكن له أن لايأخذ بالشفعة فوراً وحكم ذي اليد حكم البينة ، لان الشارع جعل يده حجة من غير فرق بين أن يكون ذو اليد مسلماً أو كافراً، لان يد الكافر أيضاً حجة كما ذكرناه في بحث ذي اليد.

ثم انه لو أقر الشفيع خاصة أو كلاهما بالغصبية ، ثم ماتا وورثهما غيرهما وهما لايعترفان بالغصبية فالظاهر انّ لوارث الشفيع الاخذ بالشفعة لعدم المنافاة للفورية بالنسبة الى العالم بعدم الغصبية .

أما العالم بالغصبية فله عذر في عدم الاخذ، وكذا الحال بالنسبة الى الوكيل والولي فلكل واحد من الاصل والفرع حكمه ، ولايؤثر حكم الاصل بالنسبة

الى الفرع ،كما في العكس بأن كان الولي يزعم الغصبية فلم يأخذ بالشفعة ، ولماكبر الصغير ، أو أفاق المجنون علم باشتباه الولي فانه له الاخذ بالشفعة .

أما الفرع الثالث : وهو تلف الثمن المعين قبل قبضه ففيه قولان:البطلان للشفعة لبطلان البيع الـذي هوعنوان الشفعة ، وهذا هـو المحكى عن الشيخ والعلامة في المبسوط والتذكرة ، والثاني عدم البطلان ، لان حق الشفعةثابت بالبيع فلايقدح فيه طرو الفسخ ، سواء كان سابقاً أو لاحقاً بعد أن كان من حينه لامن أصله كما في الجواهر، وهذا القول هو الذي جزم به ثاني الشهيدين تبعاً للمختلف وولده والشهيد الأول كما حكي عنهم ، ومقتضى القاعـدة هو عدم بطلان الشفعة ، لان البيع قد حصل، فيشمله اطلاق دليل الشفعة كماتقدم الكلام في مثل ذلك في الرد بالعيب والغبن وماأشبه .

ومنه يعلم وجه النظر في التفصيل بين كون الاخذ قبله، أو بعده، وقدجعله الجواهر تحقيقاً ، قال : فالتحقيق حينئذ عدم استحقاق الشفيع الاخذ مع كون التلف قبلـه ، خصوصاً اذا قلنا بأن تلف الثمـن قبـل القبض من مال المشتري كماان تلف المبيع قبل القبض من مال البائع على معنى تقدير رجوع كل منهماالى مالكه قبل التلف اناماً، وحينئذ فلاثمن للبائع على المشتري حتى يأخذه الشفيع به ، وان كان فيه مافيه .

نعم لو كان الاخذ بعده اتجهت الصحة للاصل الذي لاينافيه بطلان البيع من حينه الذي هو بمعنى استحقاق قيمة الشقص عن المشتري باعتبار تنزيل أخذ الشفيع له منزلة التلف ــ انتهى .

فانه بعد اطلاق الادلة لاموقع لهذا الفرق بين أن يكون التلف قبل الأخذ بالشفعة أو بعد الاخذ بها .

أما ماقاله أخيراً: أللهم الا أن يقال: انالبطلان هنا أولى من بطلانها بفسخ البائع ، فان الحكم الشرعي بكون ملك المشتري لـه مراعاً بعدم تلف الثمن قبل قبضه أولى بتبعية الشفعة له من تبعيتها لفسخ البائع.ففيه مالايخفى ، اذ قد تقدم سابقاً ان مقتضى القاعدة عدم البطلان بالفسخ أيضاً، بل شككنافي البطلان بالفسخ بخيار الشرط على ماسبق .

ثم انه لو تلف المثمن قبل أخذ الشفيع فالظاهرعدم تحقق للشفعة حينئذ سواءكان التلف حقيقياً،كما اذا مات العبد والحيوان فيماقلنا بثبوت الشفعةفيهما أو التلف عرفياً ،كما اذا جاء البحر وغمر الارض مما لاينتفع بها بعد ذلكولا يقابل بالمال عرفاً .

ثم ان في موضع من القواعد بعد أن ذكر أن للشفيع فسخ الاقالة والرد بالبيع قال . ولو قلنا بالتحالف عند التخالف في قدر الثمن ، وفسخنا البيع فللشفيع أخذه بماحلف عليه البائع لاخذه منه هنا، وقال فيها في موضع آخر: ولو اختلف المتبايعان في الثمن: وأوجبنا التحالف أخذه بماحلف عليهالبائع لان للبائع فسخ البيع ، فاذا أخذه بما قاله المشتري منع منه ، فان رضى المشتري بأخذه بماقال البائع : جاز وملك الشفيع أخذه بما قال المشتري : فان عاد المشتري وصدق البائع وقال:كنت غالطاً فهل للشفيع أخذه بما حلف عليه ؟ الاقرب ذلك ـ انتهى .

أقول : للمسألة صورتان :

الاولى : الاختلاف بين البائع والمشتري في زيادة الثمن ونقصه ، فان حلف مدعي النقص،الشفيع يأخذ بالنقص ، وان أثبت مدعي الزيادة الشفيع يأخذ بالزيادة مع احتمال النقص، لان المشتري يقول بأن البائع أخذ منهزائداً

على الثمن والبينة مشتبهة، فان البينة، وان كانت مقدمة على الاقرار الا ان الاقرار ثابت على المقر، كما لو أقر انها زوجته وأثبتت البينة انها ليست زوجته حيث لا يحق له التزوج باختها أو امها أو بنتها مثلا ، أو أقر انه وقف من أبيه ، وقالت البينة لم يوقفه أبوه حيث لا يحق له بيعة ، الى غير ذلك من الامثلة ، فانه وان لم يحلف مدعي النقص وهو المشتري فالشفيع يأخذ بالنقص ، اذ المشتري يعترف ان البائع يأخذ منه ظلماً .

الثانية : الاختلاف بينهما في مورد التحالف بأن قال أحدهما : ان الثمن شاة ، وقال الاخر : انه سخلة ، فان كان لكليهما البينة ، أو كلاهما حلف أو لا بينة ولا حلف بطل مع احتمال جريان قاعدة العدل ، وان كان لاحدهما بينة، أو حلف أحدهما فالقول قوله ، فان كان المشتري أعطاه الشفيع ، وان كان البائع فهل الشفيع يعطي للمشتري مادعاه البائع لمكان الحلف أو البينة ، أو يعطي مادعاه المشتري اذا كان أقل مثلا لنفوذ اقرار المشترى على نفسه الاحتمالان السابقان ، ومن صورتي الاختلاف في الثمن يظهر صورة الاختلاف بين البائع والمشترى في الشقص هل باع كله أو بعضه، وفي البعض زيادة أو نقيصة، وصورة الاختلاف بينهما في ان المبيع هل كان هذا الشقص أو شقصاً آخر، سواء كان الشفيع شريكاً فيهما ، أو في أحدهما .

ومنه يعلم انه لما كان المشترى معترفاً بقدر خاص من الثمن ، والشفيع يتلقى الملك من المشترى فليس على الشفيع الا أن يعطي مقدار مايقوله المشترى ، لا كما قاله القواعد ، ولا كما قاله جامع المقاصد ، من ان المتجه على التحالف بقاء الدعوى بين الشفيع والبائع ، ويكون كالدعوى بين الشفيع والمشترى ، اذ لادخل للبائع الذى يرجع في الفرض الى قيمة الشقص لاالى

الثمن ، ولذا قال في الجواهر : ان التحالف المزبور انما يقتضي الفسخ من حينه بين البائع والمشترى، والفرض صدق تعلق حق الشفعة فيتجه حينئذ القول بأنه يأخذ بمايقتضيه البيع الاول قبل الفسخ فيضمن حينئذ المشترى قيمة الشقص للبائع ،كما اذا رد البائع الثمن بالعيب بعد أن أخذ الشفيع الشقص بشفعته ، ولكن مقتضى ذلك الاخذ بما يقوله المشترى حينئذ لامايقوله البائع ، بل مقتضاه حينئذ كون الاخذ منه دون البائع ضرورة استحقاق الشفيع الانتزاع منه ، فلامدخلية للبائع ، وفائدة تحالفه تكون لضمان المشترى له الشقص ، لا ماادعاه من الثمن الذى حلف المشترى على نفيه ـ انتهى .

ومن ذلك يظهر عدم الفرق بين صورة حلفهما وعدمه ، واقامتهما البينة لان الشفعة سابقة .

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع من حيـل الاسقاط (أى للشفعة) أن يبيع بزيادة على الثمن ، ويدفع بالثمن عوضاً قليلا ، فان أخذ الشفيع لزمه الثمن الذى تضمنه العقد .

وكذا لو باع بثمن زائد فقبض بعضاً ، وأبرئه من الباقي ، وكذا لـو نقل الشقص بغير البيـع كالهبة أو الصلح .

أقول : الظاهر ان جعل حيلة لاسقاط الشفعة مكروه حيث قـال عليه السلام[1] (في جواب من سأله ماالحيلة ؟) : في ترك الحيلة . فان كلامه عام يشمل كل حيلة بل يشمله قوله عليه السلام[2] : ومن دخل مداخل السوء اتهم. وكفى بذلك شمولاللمقام لأن الانسان يتهم عند العرف ، بأنه محتال فيما اذا قصد الحيلـة ، فلافرق في الامر بين المقام وبين سائرمقامات الحيلة ، ولوكان الحكم تابعاً للموضوع .

ومنه يعلم ان قول الجواهر : والظاهرعدم الكراهة في ذلك للاصل فضلا عن الحرمة ، اللهم الا أن يقال : بعد التسامح باشعار الأدلة بها باعتبار مراعاة الشريك ، والامرسهل. محل مناقشة ، وقد أخذه من المسالك،كما أخذ منهما غيرهما ، وأضاف المسالك على صور الشرائع الثلاث صوراً اخرى منها ان يبيع جزءاً من الشقص بثمن كله ويهب له الباقي .

ومنها : أن يوكل البائع شريكه بالبيـع فباع على أحد الوجهين .

ومنهـا : أن يبيـع عشر الشقص مثلا بتسعة أعشار الثمـن ، ثم يبيع تسعة أعشاره بعشر الثمـن ، فلايتمكن الشريك الاول من الشفعة لـزيادة القيمة في الاول، وكثرة الشركاء في الثاني، لان المشترى صارشريكاً حال الشراءالثاني.

---

(١) شرح نهج البلاغة : ج ١٩ ص ٣١٩ .

(٢) الوسائل : ج ٨ ص ٤٢٣ الباب ١٩ ح ٧ .

ومنها : أن يبيعه بثمن قيمي كثوب فيقبضه البائع ، ويبادر الى اتلافه قبل العلم بقيمته ، أو يخلطه بغيره بحيث لايتميز فيندفع الشفعة بالجهل بالثمن ، وقد تبعه مفتاح الكرامة في ذكر الصور المذكورة ، الا ان في بعضها تأملا ، لكن لايخفى انه يلزم أن لايكون المواطاة على نحو الشرط، والا كان للشفيع ذلك ، حيث قلنا : ان معنى قوله بالثمن[1] والبيع[2] الاول ونحوهما ان الشفيع يأخذ بكل خصوصياته الاول ، فاذا باع البائع للمشترى الشقص بمائة وشرط عليه خياطة الثوب أو اضافة مائة أو اجرة دار في عام وهي عبارة عن مائتين مثلا فللشفيع أيضاً كل ذلك .

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٦ الباب ٢ ح ١ .

(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢٣ الباب ٩ ح ١ .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع : ولو ادعى عليه الابتياع فصدقه وقال: نسيت الثمن، فالقول قوله مع يمينه، وهذا هوالذى صرح به العلامةوالشهيدان والكركي وغيرهم ، وعلله في الجواهر بأنه لايعلم الا من قبله ، ولو لم يقبل لزم التخليد في الحبس على تقديرصدقه ، ثمقال في الشرائع : فاذاحلفهبطلت الشفعة .

أقول : اذا حصل الابتياع ونسى المشترى الثمن فقد يكون النسيانفيقدر غير مضر عرفاً ،كما اذا لم يعلم هل انه كان بألف دينار أو بألف دينار وربع دينار ، فان في المقام لايبعد عدم البطلان ، لان ربع دينارليسمحلا فيالاخذ والرد عرفاً فيقول الشفيع للمشترى : اني أعطيك ألفاً وربعاً ، ولاحق لـه في عدم الاخذ اذا لم يكن في الاخذ منة ، بل يمكن التمسك باصالة عدم الزيادة فيعطيه ألف دينار، لانهبعد أخذه بالشفعة تكون ذمته مشغولة، أما بألف أوبألف وربع ،كما انه اذا علم وقت الاخذ بقدر الثمن، ثمنسي فانه اذا شكبينالزائد والناقص أعطاه الناقص لاصالة عدم الزيادة ، أو يقال بالقرعة ، أو قاعدةالعدل على ماسبق شبه ذلك .

أما اذا كان النسيان موجباً للجهل المطلق بالثمن هل هومثلا بألف أوبدار مثلا في قبال الارض المشتراة أو نحو ذلك ، فان أدلة الشفعة منصرفة عنمثله فمقتضى القاعدة البطلان .

أما ماتقدم عن الجواهـر تبعاً للمسالك بأنه لولم يقبل لـزم التخليد في الحبس على تقديرصدقه، فقد ذكرنا فيماسبق انه لادليل على التخليدفيالحبس فان لي الواجد[1] ونحوه منصرف عنالتخليد خصوصاً والسجن خلافحريات

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٩٠ الباب ٨ من الدين والقرض ح ٤ .

الانسان الممنوحة له من قبل الله تعالى فسلبها بمثل هذا الشيء الطفيف حتى اذا علمنا بأنه عالماً عامداً لايقول بقدر الثمن غير ظاهر الوجه ، منتهى الامر انه اذا علمنا انه يعلم وهو يدعي النسيان كذباً ان الحاكم يفصل النزاع بما يراه صلاحاً بمصالحة قهرية ونحوها ، كما ذكروا في الصلح القهري وغيره، لانه موضوع لفصل المنازعات وعدم ابقائها، لا انه موضوع لتخليد الناس في السجن بأمثال هذه الامور الصغيرة .

ومنه يعلم حال ما اذا مات المشتري ووارثه لايعلم أو مات وكيله الذي اشتراه ولم يعلم المشترى الموكل بقدره أو جن أحدهما أو نحو ذلك ، لان الملاك في الكل واحد .

ثم ان المسالك قال : ان حلف على ذلك اندفعت عنه الدعوى وسقطت الشفعة ، وان لم يحلف وقضينا بالنكول ، فان كان الشفيع يدعي العلم بقدر معين ثبت وأخذ بالشفعة ، وان لم يقض بالنكول ردت اليمين على الشفيع وحلف مايدعيه وثبت العين به ، وان كان لايدعي العلم به ، وانما يدعي علم المشترى ، واحتمل عدم سماع الدعوى بعد ذلك لعدم امكان الحكم بشيء ، وأحلاف الشفيع على ان المشترى يعلم وحبس المشترى حتى يبين قدره ـ انتهى، وفيه تأمل .

ثم ان كان الشفيع أمهل المشترى حتى يتذكر، فان ذلك جائز وهو لاينافي الاخذ بالشفعة فوراً ، لانه عذر في مثل النسيان ، وقد سبق ان الاعذار لاتنافي الفورية .

ثم ان الجواهر تبعاً للمسالك قال : ولو ادعى المشترى ان عدم العلم

بالثمن لانه كان عرضاً قيمياً وأخذه البائع وتلف في يده ولاأعلم قيمته، فالقول قوله مع يمينه ، بلاخلاف ولااشكال .

وكذا لو قال أخذه وكيلي : ولاأعلم به ، أو نحو ذلك مما هو غيرمناف للاصل ، وهوممكن ولولم يقبل منه يلزم تخليده في السجن ـ انتهى .

وهوكما ذكره الافي التخليد في السجن على ماعرفت ، والتلف في يد البائع من باب المثال ، فربما كان البائع لايعلممكانه حتى يعرف ماقيمة الشيء أونحو ذلك .

قال فيالشرائع : أما لوقال : لم أعلم كمية الثمن لميكن جواباً صحيحاً، وكلف جواباً غيره ، وإن قال الشيخ : يـرد اليمين على الشفيع .

قال في المسالك : وانكان جواب المشتري ابتداءاً لاأعلم كمية الثمن لم يكن جوابـاً صحيحاً وتكلف جواباً غيره ، لانـه مشترك بين ان يكون لايعلمه ابتداءاً من حين الشراء وهـو غيرمسموع لاقتضائـه بطلان البيع ، وان يكون على أحد الوجهين السابقين فلابد من تفصيله، وحينئذ فيلزم بجواب مسموع فان اصر حبـس حتى يجيب وقال الشيخ : يرد حينئـذ اليمين علـى الشفيع ويقضي على المشتري بما يحلف عليه ، وهذا يتـم مع دعوى الشفيع العلـم بالقدر اما بدونه فلا لعدم امكان حلفه ولو فرض دعوى الشفيع هنا عدم علمه، لكن ادّعى علم المشتري حلف على ذلك وألزم المشتري البيان كمامرّ ، ثم ان بين قدراً وطابقه عليه الشفيع حكم بمقتضاه والا فاشكال ـ انتهى .

وعلله في جامع المقاصد باجماله واحتماله، ولكن ربما يقال : بانه لايتم هذا على اطلاقه ، اذ من الممكن ان يكون المشتري لايعلم كميسة الثمن من

حين الشراء ، لان وكيله اشتراه ، أو يكون هو المشتري اشتراه لكن لم يعلم كمية الثمن ، وانما اشتراه بدراهم في يده لايعلم هل انها عشرة أو تسعة اذا قلنا بصحة هذا البيع والشراء، لانه ليس غرراً يضر بالمعاملة ، فهو مثل ماذا اشترى بضاعة بقماش لايعلم هل انه يسوى عشرة أو تسعة، فاطلاق قول المسالك هو غير مسموع لاقتضائه بطلان البيع غير تام ، ثم مناقشة الجواهر في كلام المسالك بقوله: قلت: قد يناقش بأن احتماله للصحة كاف في صحته، ولا داعي الى عقوبته بحبسه حتى يجيب معيناً له ، ففيه ما لايخفى ، اذ احتماله للصحة لا يوجب سقوط حق الشفيع المتيقن بسبب البيع ، فاللازم ان يثبت المشتري سقوط حق الشفيع، فالمقام مثل ماذا باع الوقف حيث احتملنا صحة بيعه فانه لايحكم بالصحة بمجرد الاحتمال فيما كان الدليل على خلافه الا ان يقيم دليلا على كون عمله بالبيع أو نحوه صحيحاً ، وكذلك فيما اذا شرب الخمر مثلا ، واحتملنا الصحة بانه مريض، فانه لايحكم على الاحتمال حتى يأتي بالبراءة .

أما قول علي عليه السلام[1] لمن أفطر في شهر رمضان انه هل مسافرون أو مرضى أو ما أشبه ، فانه لادليل على انه لو ادعوا أحد هذه الاعذار كان يكتفي بذلك ، بل لعله كان عليه السلام يطلب الدليل كما هو الميزان في الاعمال المنافية لحقوق الله أو لحقوق الناس .

---

(١) البحار : ج ٤٠ ص ٢٨٧ ح ٦٤ .

فصل
فى التنازع

وفيه مسائل :

(مسألة ـ ١ ـ) قال في الشرائع : اذا اختلفا في الثمن ولا بينة ، فالقول قول المشترى مع يمينـه لانه الذي ينتزع الشيء من يده ، وأضاف الجواهر على علته المذكورة بقوله: ولانه الذي هو أعرف بالعقد ، ولانـه غارم، ولانه ذو اليد، ولانه الذي يترك لو ترك ، ولان المشتري لادعوى له على الشفيع، اذ لايدعي شيئاً في ذمته ولاتحت يده، وانما الشفيع يدعي استحقاق ملكه بالشفعة بالقدر الذي يعترف به الشفيع، والمشتري ينكره ، ولايلزم من قوله اشتريته بالاكثر ان يكون مدعياً عليه، وان كان خلاف الاصل لانه لايدعي استحقاقه اياه عليه، ولايطلب تغريمه اياه ـ انتهى .

أقول: هذا القول هو المشهور بين الاصحاب ، وفي مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة: (لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع يمينه): كما في المقنعة والمراسم والنهايـة والمبسوط والكافي والمهذب والغنيـة والسرائر وجامع الشرائع والنافع والتذكرة والتحريـر والارشاد والتبصرة والمختلف فى ظاهره والدروس واللمعة والتنقيح ومجمع البرهان وهو الذي استقر عليه

رأيه في جامع المقاصد في المسألة التي بعد هذه ، وكذلك الايضاح قال به على الظاهر أومال اليه ، وفي المسالك والروضة والكفاية انه المشهور، وفي الرياض انه المشهور، بل لايكاد يوجد خلاف الا من ظاهر الشهيد الثاني وفاقاً للاسكافي ، وفي الغنية الاجماع عليه ، وقد يلوح الاجماع من جامع المقاصد ـ انتهى .

وقد خالف في المسألة الأسكافي والشهيد، كماسمعت فقالا القول قول الشفيع : وعن صاحب الكفاية التفصيل بين وقوع النزاع قبل الاخذ وبينه بعده فيقدم قول المشتري في الاول والشفيع في الثاني ، لكن في الرياض انه خرق للاجماع المركب،وجماعة من المتأخرين ومتأخريهم أشكلوا فيالمسألة ومقتضى القاعدة هو مااختاره غير المشهور من ان القول قول الشفيع للاصل الذي لايعارضه ماتقدم من الادلة ، فحال المقام حال ماذا قال الوارث: وصى المورث بخمسمائة، وقال الموصى له: بل وصى بألف، أوقال البائع: بعت بألف، فقال المشتري : بل بخمسمائة، الى غير ذلك من الاختلاف في الزائد والناقص، اذ لايختلف المقام عن تلك المقامات ، ولادليل خاص في المسألة حتى يحكم به على خلاف القاعدة ، فان كون الشيء ينتزع من يده لايوجب تقديم قوله على الاصل في مورد النزاع بعد ان كان للشفيع أيضاً الحق بحكم الشرع .

ومنه يعلم وجوه النظر في الادلة الاخر التي تقدمت عن الجواهر (فانه هو الذي أعرف بالعقد) بالاضافة الى انه ليس على اطلاقه لامكان ان العقد أجراه وكيله أو وليه قبل بلوغه ، ثم بلغ ، أو قبل عقله ثم عقل وكان الشفيع حاضراً عند العقد ، مثلا ممايجعل الشفيع أعرف بالعقد من المشتري الذي

أخبره وكيله أووليه بالقيمة ، مثلا: ان الاعرفية لادليل على تقدمها على الاصل (وكونه غارماً) مناقش فيه كبرى وصغرى، ولادليل على ان ذا اليد التي تعلق بماتحت يده حق الغير يقدم قوله على قول ذلك الغير اذا كان مع ذلك الغير الاصل، وكونه يترك لوترك فيه اشكال كبرى وصغرى، كمايعرف الاشكال في الكبرى مماذكروه في [كتاب القضاء] وكون المشتري لادعوى له على الشفيع منقوض، لان الشفيع لادعوى له أيضاً على المشتري، بل الشيء متعلق حقهما ، فمن الممكن ان يجعل كل واحد مدعياً والاخر منكراً ، لكن في الحقيقة المدعي هو الذي يدعي الاكثر، فالاصل مع مدعي الاقل، وقد أطال المسالك في الأستدلال على مذهبه، كما أطال الجواهر في الاستدلال على رده والمناقشة في كلامه .

ومما تقدم يعرف الكلام فيما اذا صدق البائع أحدهما وكان أو لم يكن بموازين الشهادة أو قال المشتري : باضعاف القيمة ، أو قال الشفيع: بأقل من القيمة أضعافاً ، أوقال المشتري : بشرط البائع علي خياطة قبائه مثلا أو نحو ذلك ، أو قال الشفيع : بشرط المشتري على البائع خياطة قبائه أو نحو ذلك، أو قال الوارث للمشتري : بالاكثر ، اوقال الوارث للشفيع بالاقل ، وكذلك في وليهما أو وكيلهما ، الى غير ذلك من صور الاختلاف، فان اللازم جريان قاعدة المدعي والمنكِر في كل اختلاف بينهما كما هو الحال في الرهن اذا اختلفا في قدر المرهون أو اختلفا في قدر الدين أو اختلفا في المدة أو الشرط أو نحو ذلك، فان الباب لايشذ عن القواعد العامة الجارية في كل اختلاف سواء كان الاختلاف فيما تعلق حقهما به، أو كان الاختلاف في غير ذلك .

ولذا قال الجواهر أخيراً : ليس في شيء من الاصول ، ولا ماذكرناه من

أدلة المشهور مايقتضي كون قول المشتري بيمينه من الطرق الشرعيّة لاثبات كونه الثمن الذي وقع عليه شخص العقد ، لكنه قال بعد ذلك : لكن مع ذلك كله لا محيص عن العمل بالمشهور المحكى عليه الاجماع في الغنية الذي تطمئن النفس هنا بصوابه ـ انتهى .

فقد عرفت انه لااجماع قطعي في الباب ، وان كان المشهور قالوا بذلك: وان اللازم العمل حسب القواعد والاجماع لوكان،محل اشكال حيث انه ظاهر الاستناد لا محتمله فانهم استندوا الى الادلة التي تقدمت .

ثم لاينبغي الاشكال في انه لو دفع الشفيع مايدعيه المشتري تملك الشقص لانه ثمن على التقديرين، وليس في الأدلة مايقتضي منع التملك مع دفع الزيادة على الثمن المعلوم عند الدافع .

نعم حكمه الحرمة على المشتري مع كذبه وحلها له مع صدقه، كما أشار اليه الجواهر ، وان قال بعد ذلك: لم أعثر عليه قولا لاحد منا ولااحتمالا، اذ فيه انه لايحتاج الى القول والاحتمال ، فانه موافق للقاعدة .

ثم انه لو أقام كل منهما بينة كان مقتضى القاعدة على ماعرفت تقديم بيّنة المشتري لانه مدعي لا الشفيع لانـه منكر ، وليس عليه الا اليمين ، وبتقديم بينة المشتري حكم الخلاف والمبسوط والشرائع والمختلف خلافاً للقواعد حيث قال : لو أقاما بينة فالاقرب الحكم ببيّنة الشفيع لانه الخارج ، ونقلـه مفتاح الكرامة عن السرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والكفاية قال: وقد قال به أو مال اليه في الايضاح وحكم في جامع الشرائع هنا بالقرعة ولاترجيح في الدروس والمسالك .

أقول: قد عرفت انه لا وجه لتقديم بيّنة الشفيع الا ماذكروه مما قد عرفت

ضعفه ،كما انه لا وجه للقرعة لانها لكل أمر[1] مشكل ولا موضوع لها هنا ، اذ بعد حكم الشارع بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر لاتبقى مشكلة.

أمّا توجيه القرعة بأنهما اذا تنازعا في العقد ولا داخل ولا خارج ، اذ لايد لهما، صارا كالمتنازعين في عين في يد غيرهما فتجب القرعة،ففيه انه ليس تنازعاً في استحقاق العين مطلقاً ، وانما في الثمن المخصوص ، ولذا اعترض عليه في محكي جامع المقاصد بأن تنازعهما في استحقاق العين بالثمن المخصوص، وان القرعة في الأمر المشكل الذي لم يدل النص على حكمه ، ومانحن فيه ليس كذلك .

ومنه يعلم وجه النظر في قول الشرائع حيث قال: وان أقام أحدهما بيّنة قضي له ، ولو أقام كل منهما بينة حكم ببينة المشتري ، وفيه احتمال للقضاء ببينة الشفيع لانه الخارج؛ اذ قد عرفت ان الاحتمال للقضاء ببينة الشفيع ضعيف.

وعليه فلو أقام أحدهما بينة ، فان كان هو الشفيع لايؤخذ بها ، لان البينة ليست عليه ، وانما عليه الحلف ، وانما يقضي ببينة المشتري المدعي للزيادة ، اللهم الا اذا قيل بأن اليمين على المنكر هو بدل البينة ، وهو أضعف من البينة فاذا أقام البينة ولم يقم المشتري البينة حتى يقدم بينته على بينة الشفيع حكم ببينة الشفيع ، ولا حاجة الى الحلف ، ولذا قال في الجواهر : على المشهور يشكل سماع بيّنة المشتري الذي هو منكر وفرضه اليمين ، وقد ذكرنا في [كتاب القضاء] انه لاتندفع اليمين عنه باقامة البينة .

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن حواشي الشهيدان الاقرب القبول ، وان

---

(١) انظر الجواهر : ج ٣٧ ص ٤٥١ والفقيه : ج ٣ ص ٥٢ الباب ٣٨ في الحكم بالقرعة ح ٢ .

كان في دفع اليمين عن المنكر بالبينة في غيرهذه الصورة تردد ، ووجه الفرق انه يدعى دعوى محضة ، وقد أقام بهابينة فتكون مسموعة .

ثم ان المشهور ذكروا ماقاله الشرائع من انه لاتقبل شهادة البائع لاحدهما. بل في الجواهر : لاأجد فيه خلافاً صريحاً ، ونقله مفتاح الكرامة عن المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والكفاية، لكن عن ظاهر السرائر التفصيل بعدم قبول شهادته للشفيع مما يفهم منه قبول شهادته للمشتري .

وفي القواعد : ولاتقبل شهادة البائع لاحدهما ، ويحتمل القبول على الشفيع مع القبض وله بدونه، ونقل هذا التفصيل في مفتاح الكرامة عن بعض قال: استحسنه في التذكرة ، وقواه في الحواشي ، وكأنه مال اليه في الايضاح، واحتمله أيضاً في الدروس ثم قال : ولعل الاقوى القبول مطلقاً الافي صورة يرجع فيهاالى كونه مدعياً أومنكراً جرياً على الضابط المذكوروفاقاًللاجماع المنقول في كشف اللثام وهوالموافق لعمومات اخبارباب الشهادات والاعتبار، اذلامعنى لرد قول الثقة الذي هو حجة لمجرد تهمة محتملة الاان يكون قد انعقدعلى ذلك اجماع والتتبع لايقضي به لترك الاكثرله ومخالفة السرائر في بعض ذلك على الظاهر وذكر جماعة للاحتمال المذكور في الكتاب ولوكان منقولا لعثرنا عليه ـ انتهى .

والظاهر هو ماذكره السيد العاملي لما ذكره وأدلة المفصلين والقائلين بانه لاتقبل مطلقاً لايمكن الاعتماد عليها ، مثلا القائلون بعدم القبول مطلقاًذكروا كما في جامع المقاصد والمسالك ، وتبعهما الجواهر ان علة عدم القبول ان الشهادة تجر نفعاً على التقديرين وهو استحقاق الثمن الكثير وبدله ان ظهر

مستحقاً أورد العين ان شهد للمشتري ، بل ربما كان له غرض بعين المبيع اليه بفسخ المشتري اذا علم بالعيب أوالغبن ، ويخشى فوات ذلك بأخذ الشفيع فينفره من الاخذ بكثرة الثمن والتخلص من ضمان درك الزيادة لو شهد للشفيع ، بل ربما حاول بذلك اسقاط خيار الغبن أوقلة الارش لوظهر المبيع معيباً ، بل ربما كان عالماً بالعيب ويتوقع المطالبة بارشه ، وربما خاف رد المشتري له بالعيب أوالغبن دون الشفيع فيرغبه في الاخذ بتقليل الثمن .

كما ان المحكي عن المبسوط انه علل عدم قبول شهادته بانها شهادة على فعله والمنساق من اطلاق الأدلة عدم قبول الشهادة على فعل الانسان نفسه .

وعلله غيره بانه من التهمة ، وأن الشهادة تجر النفع ولاتقبل شهادة المتهم ، ولاماتجر النفع الى النفس ، وفي الكل مالايخفى والالسقطت كثير من الشهادات مع ان المشهور لايقولون به ، لانه خلاف الادلة ، فان كل متهم ، وكل من يجر النفع لوكان تسقط شهادته لسقطت شهادة الزوجين أحدهما للاخر ولسقطت شهادة الاقرباء بعضهم لبعض ، والجيران والشركاء الى غير ذلك ، وقد ذكرنا تفصيل الكلام في كل ذلك في [كتاب الشهادات] .

ومنه يعلم وجه النظر في تفصيل السرائر حيث قال بعدم قبول شهادته للشفيع ، ولم يذكر غيره ، وعلل بانه يدفع عن نفسه ضرر الدرك ، وفي القواعد : علله بانه اذا شهد بالزيادة بعد القبض فقد أقر بزيادة الدرك فلا تهمة ، ولايلتفت الى استحقاق المطالبة بالبدل أوالعين على تقدير ظهور الاستحقاق ،لان ذلك لايقصد عقلا في ضمن المحذور، واذا شهد بالنقيصة بدون القبض فقد أقدم على نقصان حقه ومحذور الدرك مستحق في ضمن هذا ، اذ ترى ان هذين وجهان اعتباريان لايقاومان اطلاق الادلة ، ويظهر من الجواهر نوع تردد حيث انه بعد حكمه

بعدم القبول بالاتهام قال : لكن قد ذكرنا عدم ردها بمطلق التهمة ، بل التهمة المخصوصة المستفاد من الأدلة ، ولعله لذا قال بعض المعاصرين : ان الاقوى القبول مطلقاً ، ولكنه مخالف لمن عرفت ، ولعل الاولى عدم القبول مطلقاً ـ انتهى .

وفيه : ماتقدم من ان مقتضى القاعدة القبول مطلقاً ولايمكن اسقاط الادلة بمجرد بعض الوجوه الاعتبارية .

ومنه يعلم انه لو كان البائع اثنين فيما قلنا : بصحة الشفعة بين الشركاء فالشهادة تتم ، بل حيث نقول بأن في الماليات تقبل الشهادة واليمين يتم الام بالشهادة واليمين في المقام أيضاً أما شهادة وارث البائع أو وكيله أو وليه أوما أشبه فأولى بالقبول مطلقاً لاطلاق الادلة ، وبعض المحذورات السابقة ، وان كانت آتية هنا الا ان تلك المحذورات وجوه استحسانية لاتقاوم الادلة المقتضية لقبول الشهادة مطلقاً .

ومنه يعلم ، قبول شهادة البائع سواء كانت في الزيادة والنقيصة ، أوكانت في سائر شئون الاختلاف ، فحاله حال سائر الشهداء الذين لم يذكروا فيهم هذه المحاذير اطلاقاً .

ومما تقدم يظهر وجوه النظر في قول الشرائع حيث قال : ولو أقام كل منهما بينة حكم ببينة المشتري ، وفيه احتمال للقضاء ببينة الشفيع لانه الخارج ولو كان الاختلاف بين المتبايعين ، ولاحدهما بينة حكم بها ، ولو كان لكل منهما بينة قال الشيخ : الحكم فيها بالقرعة ، وفيه اشكال لاختصاص القرعة بموضع اشتباه الحكم ، ولا اشتباه مع الفتوى بأن القول قول البائع مع يمينه مع بقاء السلعة فتكون البينة بينة المشتري ، حيث قد عرفت : انه لو أقام كل منهما

بينة ، فالحكم ببينة المشتري بدون احتمال للقضاء ببينةالشفيع ، لان الشفيع يدعي الاقل ، والمشتري يدعي الاكثر ، ومدعـي الاكثر يحتاج الى البينـة ، والا فمدعي الاقل معه الاصل .

كما انه قدعرفت مما تقدم فيما اختلفا فيقدر الثمن ولاحدهما بينة لم يكن الامر من موضع التحالف الذي يحكم ببينة أي واحد منهما ، بـل البينة على المدعى البائع فرضاً واليمين على من أنكر على التفصيل السابق ،كما عرفت الاشكال في الحكم بالقرعة ،كما انه لا أثر لبقاء السلعة ، وعـدم بقاء السلعة ، حيث ان البائع هو المدعي للاكثرفالبينة بينته لا بينة المشتري .

نعم لو أبرزا الدعوى على وجه يكون كل منهما مدعياً ، ومنكراً يكـون الحكم لبينة أحدهما لو كانلاحدهما بينة ولحلف أحدهما لوحلف أحدهمافقط.

أما اذا حلفا أوأقام كلاهما البينة فيتساقطان ويكون المحكم قاعدة العدل لا القرعة . فقول الجواهر:لكن التحقيق مع ابرازهما الدعوى علىوجه يكون كل منهما مدعياً ومنكراً يتجه قول الشيخ بالقرعة مع عدم الترجيح وزيـادة مخالفة الاصول علىفرض تسليمها لاتقتضي جعله مدعياً بحيث ترجح بينتهعلى الاخر ، وان ابرزها على وجه يكون البائع مدعياً والمشتري منكراً أوبالعكس ان أمكن فرضه بنى على مسألة ترجيح بينة الداخل أوالخارج ـ انتهى .

محل مناقشة من جهتي القرعة ، والاشكال في المسألة فـي ترجيح الداخل أوالخارج ، وعليه فمقتضى القاعدة ان في مورد التحالف يحكم حسب قواعد التحالف ، وفيمورد المدعي والمنكر يحكم على بينة المدعي ويمينالمنكر .

ثم أن الشرائع قال : واذا قضى بالثمن تخير الشفيع فيالاخذ بذلك وفي الترك ، ونسب هذا القول الى المبسوط أيضاً،لكن فيالقواعد فيتخير الشفيع

بين الاخذ به والترك ، والاقرب الاخذ بما ادعاه المشتري ، ونسب هذا القول الثاني مفتاح الكرامة الى التحرير والارشاد والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك والحواشي ، ثم قال : وفصل في التذكرة ، فقال الشفيع : ان صدق البائع دفع ماحلف عليه ، وليس للمشتري المطالبة لانه يدعي ان ماأخذه البائع زائداً ظلماً فلايطالب غير من ظلمه ، وان لم يعترف بما قال أدى ماادعاه المشتري جميعاً ، ووافقه على ذلك مولانا الاردبيلي ، وهوجيد جداً ، بل هو المتعين في النظر ، الى آخر كلامه .

والاقرب هو قول العلامة ، ومن تبعه ، لان الشفيع انما يأخذ من المشتري ويدفع اليه الثمن وهو يزعم ان البائع ظالم بأخذ الزائد فلايأخذ الشفيع به بعد الاقرار منه النافذ في حقه ، بل عن الفاضل والشهيد التصريح بذلك حتى لورجع الى قول البائع وقال: كنت ناسياً الا ان يصدقه الشفيع، وذلك لان المقر على نفسه اذا ادعى الاشتباه أوماأشبه لزم عليه الاثبات والا أخذ باقراره لعموم اقرار العقلاء على أنفسهم[1]، وادعائه بعد ذلك النسيان ادعاء يحتاج الى الاثبات، فهوكما اذا أقر بأن عليه لزيد ألفاً، ثم قال: اشتبهت، أو قال: غلطت عمداً، أوقال: بل دفعته اليه بعد ذلك، أوماأشبه، فانه لايؤخذ بكلامه الثاني لانه اقرار لنفسه ، وانما يؤخذ باقراره الاول لانه اقرار على نفسه ، واقرار العقلاء انما يثبت على أنفسهم لا لانفسهم .

وعليه، فلوقال: البائع انه مائة ، وقال المشترى: انه تسعون دفع الشفيع التسعين، سواء أقام البائع البينة، أولم يحلف المشترى ورد الحلف على البائع

---

(١) الوسائل : ج ١٦ ص ١١١ الباب ٣ من الإقرار ح ٢ .

وحلف ، أو قلنا : ان الحكم يثبت بمجرد النكول ، وكذا في مورد التحالف يأخذه الشفيع بماأقر المشتري على نفسه لابماثبت عليــه شرعاً ، وكذا في كل موردكان الاقرار خلاف الثبوت شرعاً بماكان ضرراً على المقر،كما لو ادعى انه مسجد ، أو انها مزوجة أوماأشبــه ، لكن الطرف اثبت انه ملك فانتقل الى المقر مادعى انه مسجد ، فانه لاحق له في بيعه ، أو ان الطرف قال: انها غير مزوجة كالاختلاف بيــن الاب والجد في ان بنتهما مزوجــة أم‌لا؟ فأثبت الجد القائل بأنها غيرمزوجة ، فانــه لايحق للاب تزويجها ، الى غيرذلك من موارد الاختلاف بين الثبوت شرعاً، والاقرار الا اذا كان فيمورد دليل على الخروج وليس مانحن فيه من المستثنى، بل‌من كليّ المستثنى منه .

ومنه يعلم وجــه النظر فيما ذكره الجواهر قال : لكن قديقال : بناءأعلى اعتبار دفع الثمن الواقع من الشفيع في التمليك، والفرض عدم علم الشفيع، وعدم ثبوت الواقع منــه بقول المشتري خاصــة يتجه توقف الحكم بتملك الشفيع على دفع الثمن الواقع، وليس الا مايقوله البائع، خصوصاً مع اقامة البينة التي فرض قبولها منه ، ومجرد اعتراف المشتري بكون الثمن كذلك لا يثبت الواقع .

نعم مع مصادقة الشفيع له على ذلك يتجه الحكم بالتملك لالثبوت ذلك واقعاً، بل‌لكون الحق منحصراً فيهما فمع اتفاقهما عليه يحكم بالملك بخلاف ماإذا انفرد المشتري، فان الاقرار في حقه لايصيّر كون الثمن كذلك على وجه يحكم بحصول الملك للشفيع المعتبر فيه دفع الثمن في نفس الامر على‌وجه لو رضى المشتري بالاقل لم‌يملك بانشاء الاخذ الا اذا ثبت في ذمته، ثم يبرئه المشتري منه، وحينئذ ففي المقام لايحكم بتملكه الشقص الاّ بدفع مايعلم كونه

الثمن، وان كان لايجوز للمشتري مطالبته بالزائد، بل ولايملكه ان كان في نفس الامر صادقاً، ولعل الى هذا نظر المصنف والشيخ ـ انتهى .

اذ الكلام المذكور قد عرفت مافيه، فان الاقرار مقدم، ولذا قال الجواهر بعد ذلك: ولكن مع ذلك فيه مافيه باعتبار ان العين في يد المشتري وهو مقر للشفيع باستحقاق انتزاعها منه بكذا، فلايلزم بغيره .

أماتفصيل التذكرة ففيه انه غيرتام، فانه لوقال المديون : ان الدائن يطلبه دينارين، وقال الدائن : بل دينار، فانه اذا أعطاه ديناراً لم يحق له المطالبة، وان بقى الأمر على الواقع، فاذا علم الشفيع أوثبت عنده شرعاً ان الثمن ماصدقه بطلت شفعته والا صحت الشفعة حسب الاقرار واقرار الشفيع لايغير من الواقع حتى تبطل شفعته اذا كان الاقرار اعتباطاً .

ومنه يعلم وجه النظر فيما استدل الايضاح لاثبات قول المبسوط والمحقق بتضاد الاحكام .

قال في مفتاح الكرامة : ومعناه انه قد ثبت شرعاً انه الثمن ، فلو أوجب الشارع غيره أو أجازه لتضاد الحكمان ، وقد قال عليه السلام : لايحكم في قضية بحكمين مختلفين، ويجاب بأن ذلك مع اتحاد الحكم والمحكوم عليه وله ، وهنا المحكوم عليه المشتري، والمحكوم له الشفيع ـ انتهى[1] .

اذ قدعرفت ان مقتضى القاعدة هو الاخذ باقرار المشتري لابدعوى البائع سواء أقام البائع الحجة حتى ثبت قوله: أم لا ؟

أما الرواية التي رواها مفتاح الكرامة عنه عليه السلام فلعله أراد النقل بالمعنى،

---

(١) انظر الجواهر : ج ٣٧ ص ٤٥٥ .

حيث يستفاد ذلك من كلام أمير المؤمنين عليه السلام[1] في اختلاف القضاة في الفتيا كمالايخفى لمن راجع نهج البلاغة وغيره .

ثم ان القواعد قال : ولو اختلفا في قيمة العوض المجعول ثمناً عرض على المقومين، فان تعذر قدم قول المشتري على اشكال .

أقول: العرض على المقومين هو الطريق شرعاً، لانه يؤخذ بقول الخبرة في أمثال المقام ، ولايكون الحكم حسب البينة والحلف والنكول، ولذا كان هو الذي اختاره التحرير والدروس والحواشي، كمانقل عنهم .

وفي مفتاح الكرامة : معناه انه لو اختلف الشفيع والمشتري في قيمة الجوهرة المجعولة ثمناً بحيث لايمكن معرفتها الا بعد الرحيل والمسير يومين أو أكثر الى المقومين الذين هم في بغداد مثلا، أو اصفهان فانه لايقدم هنا قول المشتري بادىء بدء، لانه يمكن العلم بذلك، وان كان مع مشقة وعسر ، فلامعنى لقوله في جامع المقاصد: لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين، وامكان استعلام قيمتها ـ انتهى .

وهو كماذكره مفتاح الكرامة لماعرفت .

وأما قوله: ان تعذر قدم قول المشتري، فهو مقتضى القاعدة على ماذكره غير واحد، وفي اشكال القواعد عليه اشكال، حيث أشكل عليه جامع المقاصد بقوله : ان منشأ الاشكال في هذه المسألة هو منشائه فيما اذا اختلفا في قدر الثمن ، فحالها عنده كحالها، وقال : ان في الفرق بين هذه المسألة ، ومسألة الاختلاف في قدر الثمن، حيث جزم بتقديم قول المشتري هناك، وتردد هنا

---

(٢) نهج البلاغة : الخطبة ١٨ .

نظر، وتبعه الجواهر وقال: لم‌يظهر لنا وجه معتد به لهذا الاشكال .

أقول : ولذا جزم بتقدم قول المشتري في التحريـر والدروس ، قال في أولهما: لانهما كما اذا اختلفا في قدر الثمن ، أما توجيه الاشكال، كما نقل عن الايضاح والشهيد من انتزاع الملك منه وأخذه منه قهراً، فلايقهر على العوض أيضاً ، فيقبل قوله مع يمينه ، ومن ان الاصل عدم الزيادة ففيـه مالايخفى، اذ لا ربط بين أخذ الملك منـه قهراً ، وبين عدم ثبوت قولـه ، لان الاصل مع طرفه .

ثم قال في القواعد: ولواختلفا في الغراس أو البناء ، فقال المشتري: انا احدثته وأنكر الشفيع قدم قول المشتري لانه ملكه والشفيع يطلب تملكه عليه وعلق عليه مفتاح الكرامة (وانتزاعه من يده) كماصرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد، وتبعهم في الجواهر معللا لـه بأن الشفيع حيث يطلب تملكه عليه الاصل عدم تعلق حقه به، والظاهر ان الأولى تعليله بانه ذو اليد وذو اليد يسمع قولـه ، فلاحاجة الى الاصل ، لان الاصل أصيل حيث لا دليل سواء كان الاصل موافقاً أومخالفاً، ولذا يقدم قول ذي اليد في انه ملكه مع انا نعلم سبق يد غيره عليه اذا لم‌يكن هنالك دعوى مثلا .

(مسألة ـ ٢ ـ) قال في الشرائع: قال في الخلاف : اذا ادعى انه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الاجنبي قضى بالشفعة للشريك بظاهر الاقرار ، وفيه تردد من حيث وقوف الشفعة على ثبوت الابتياع، ولعل الاول أشبه .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلاّمة في القواعد : ولو ادعى انه باع نصيبه من أجنبي فأنكر الاجنبي قضى للشريك بالشفعة بظاهر الاقرار على اشكال:قد قضى للشريك بالشفعة في المثال في الخلاف والمبسوط والتذكرة والمختلف والدروس والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والشرائع ونفاها في السرائر وجامع الشرائع ولاترجيح في التحرير والايضاح ، ومقتضى القاعدة هو ماذكره الاولون لماحتج عليه الشيخ في الخلاف والمبسوط بانه أقر بحقين أحدهما حق المشتري والثاني حق الشفيع، فاذا رد المشتري ثبت حق الشفيع، وحيث ان الاقرار قد تضمن حكمين غيرمتلازمين ثبت بالنسبة الى ماكان عليه ولم يثبت بالنسبة الى ماكان علي غيره، لان اقرار العقلاء على أنفسهم جائز،كما حقق في باب الاقرار . مثلا: لوقال زيد: اني اشتريت هذا من أبي ، فالشفيع له الاخذ بالشفعة وزيد بعد ذلك لا حق له في ارث ذلك الشيء اذا مات أبوه لانه اعترف بأن المال صار مالا للشفيع، ولووقع الشيء بوجه من الوجوه في يد المعترف لزم ان يعطيه للشفيع لانه معترف بانه للشفيع فيمانحن فيه أوغيره، فهو مثل ماإذا اعترف زيد بأن دار عمرو وقف مسجداً، فانه لاينفذ اقراره في حق عمرو ، لكن اذا وقعت الدار في يده يجب ان يسلمه للوقف أو اعترف بأن زوجة زيد هي زوجة عمرو، فانه اذا طلقها زيد لم يحق له أن يتزوجها لاعترافه بأنها زوجة عمرو ، الى غيرذلك من الامثلة ، كماذكرنا طرفاً من ذلك في [كتاب الاقرار] وألمعنا اليه هنا .

ومن ذلك يعرف وجه النظر فيما ذكره الحلي في الانكار على الشيخ ، فقال في محكي كلامه : ان الذي تقتضيه أصول أصحابنا ومذاهبهم ان الشفعة لاتستحق الابعد ثبوت البيع ، ويستحقها ويأخذها من المشتري دون البائع والبيع ماصح ولاوقع ظاهراً، ولايحكم الحاكم بأن البيع حصل وانعقد،فكيف يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم ان يحكم وكيف يأخذها من البائع، وأيضاً الاصل ان لاشفعة، فمن اثبتها احتاج الى دليل قاطع، وهذه المسألة حادثة نظرية لايرجع فيها الى قول المخالفين ، ولذا رده المختلف بأن ثبوتها لايتوقف على ثبوت البيع ، بل على البيع نفسه ، وقد أقر به البائع سلمنا ، لكن ثبوت البيع بأمرين ، أما البينة أو الاقرار، وقد حصل أحد الامرين بالنسبة الى المقر، ولهذا لو صدقه المشترى ثبتت الشفعة بمجرد الاقرار ونمنع عدم ثبوته عند الحاكم بالنسبة الى الشريك، ـ انتهى .

والظاهر انه لم يتعرض الجواب عن الاصل لانه لامجال للاصل بعد وجود الاقرار ،كما انه لامجال للاصل بعد وجود البينة أو ما أشبههما .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام مفتاح الكرامة في رد المختلف حيث قال: الاقوى هو قول السرائر نظراً الى الاصل والاجماع على ان الاخذ من المشتري، والعلة المومي اليها في خبر[1] عقبة ولامخرج عنها ،كما أخرج عنها في غير المسألة ، اذ لا أجماع في المقام ، والاطلاقات لندرتها لاتتناولها ، بل قولهم عليهم السلام : باع نصيبه[2] وباع الدار . الى غير ذلك لايتناول من ادعى البيع لردت دعواه بحق المنكر ، خصوصاً الخبر[3] الذي سأل فيه عن الشفعة لمن

---

(١) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٩ الباب ٥ ح ١ .
(٢) الوسائل : ج ١٧ ص ٣١٨ الباب ٤ ح ١ .
(٣) الوسائل : ج ١٧ ص ٣٢١ الباب ٧ ح ٢ .

هي ، وفي أي شيءهي؟فقال: اذاكان الشيء بين شريكين لاغيرهمافباع أحدهما نصيبه فشريكه أحق به من غيره ـ انتهى كلامه .

وفيه : اننالانريد اثبات البيع ، وانمانريد الأخذ بالاقرار، والاقرار كالبينة طريق كما ذكره المختلف ، فحال المقام حال ماإذا كان شيء في يد ذى اليد وباعه فانا لانعلم بالبيع قطعاً ، وانما نحكم به ظاهراً .

ومنه يعرف وجه النظر في قول الجواهرحيث انه بعد نقله كلام السرائر قال : هوفي غاية الجودة ، خصوصاًبعد ماسمعته منا من عدم ثبوت البيع باقرار المشتري مع البائع ، فضلا عن البائع خاصة ، ومن مخالفة الشفعة للاصل التي ينبغي الاقتصار فيها على المتيقن ، فضلا عما كان المنساق من الأدلة خلافه ، ومن الاجماع بقسميه على ان الشفيع يأخذ من المشتري على وجه يكون دفع الثمن جزء مملك ومعلومية عدم ثبوت الموضوع بالاقرارالذيهو حجة على المقرنفسه ، لانه يثبت موضوعاً علق الشارع عليه حكماً ، والاخذ بالشفعة مع التصادق بين الشفيع والمشتري ليس لثبوت الموضوع ، بل لان الحق منحصر فيهما ، وقد اعترفا به ، ولا يبعد هنا مع فرض تصادق الشفيع مع البائع ان يكون له الاخذ مع دفع الثمن للحاكم ، بناءاً على عموم ولايته لمثل هذا . ولذا اضرب عن هذا الكلام أخيراً بما اقترب من قول المشهور ، وان علقه على شيء غيرتام قال: وبالجملة فانكان المراد ثبوت الشفعة بالاقرار المزبور على وجهيترتب عليها حكمها الذيمنهبطلانهامع عدم الفور ونحوه، فلاريب في عدم ثبوت ذلك باقراره مع المشتري،فضلا عن أحدهما خاصة ، وانكان المراد ان للشفيع الاخذوأخذهللمقر باقراره فلا بأس به ـ انتهى .

فان مقتضى القاعدة ان له الحق في الأخذ بالشفعة بالنسبة الى المقر، وكل شئون الشفعة جارية حتى الفورية اذا لم نقل بانه من الاعذار .

نعم لايتمكن هو من جعل الدرك على المشتري ، لان البيع انما يثبت بالاقرار، والاقرارانما يكون حجة على المقر لاعلى غيره ،كما ثبت فيمحله.

ولذا قال في المسالك : ان اقر البائع بقبض الثمن دفعه الشفيع للحاكم لانه مستحق عليه ، ولايدعيه أحد والاكان للبائع أخذه قصاصاً ، وان استغربه الجواهر قائلا : في رده ضرورة عدم تماميته ، بناءاً على مدخليته في التملك والمقاصة التي ذكرها لاوجه لها بعد عدم ملك المشتري له ، وخصوصاً بعد احلاف المشتري ـ انتهى .

اذحيث ان البائع يقر بانه باع ، فان كل الآثار مترتبة على البيع حسب اقراره ، فحال الاقرارحال البينة ، وحال قول ذي اليدفي كل ماكان على المقر، واذا كان كذلك صحت المقاصة أيضاً .

أما ماذكره المسالك بعد ذلك حيث قال : ولايثبت الدرك على المشتري لعدم ثبوت البيع بالنسبة اليه ، بل يبقى على البائع ، فهو كما ذكره .

ولايرد عليه أشكال الجواهر بقوله : وفيه انه لاوجه لكون دركه عليه بعد اقراره بكون الشقص ملكاً لغيره ـ انتهى .

اذ الوجه ان من له الغنم فعليه الغرم ، فكما انه يأخذ المال من الشريك كذلك يكون الدرك عليه .

ومما تقدم يعلم، حال ماذا مات الاجنبي ووارثهلايعلم صحة البيع وعدمها، وكذلكاذا جن الاجنبي وكان له ولي أوغاب غيبة منقطعة مماكان وليه الحاكم الشرعي ، الى غير ذلك من الامثلة .

أما اذا قال البائع: اني بعته المشتري وقبضت منه الثمن، فانه يأخذ الشريك بالشفعة، ويعطي الثمن للحاكم ، لان الحاكم ولي الممتنع، ويكون حال هذا المال حال سائر الاموال التي يكون مرجعه الحاكم مما ينكره الطرفان مع علم الحاكم بانه لاحدهما .

ومنه يعلم ان وجه ترديد مفتاح الكرامة في المال غير ظاهر قال : ثم ماذا يكون حكم الشفيع اذا اعترف البائع بانه قبض الثمن من المشتري وانكر المشتري ذلك أيأخذ الشقص بغير ثمن ؟ ام يقال للمشتري : أما ان تقبض أو تبرئه، مع انه لايجب عليه شيء منهما، بل قد يكون لايريدان يأخذ الثمن من الشفيع لعلمه بأن ماله حرام أوفيه شبهة ، أم يقرر الثمن في ذمة الشفيع ، لانه معترف له به ، ولايدعيه مع ان عليه ضرراً في ابقاء حق غيره في ذمته أم يدفع للحاكم فيتصدق به عن مالكه، لانه كمجهول المالك، أم يضعه في بيت المال حتى اذا اعترف به أخذه ، أم يضعه في بيت المال مع الاموال الضائعة ، أم يكون حاله حال مال بيت المال كما يقوله العامة، وماذا يصنع البائع اذا لم يعترف بالقبض، أيأخذ الثمن من المشتري وهو لايستحقه عليه؟أم يأخذه بعنوان القصاص من المشتري ولم يملك، الى آخر كلامه ، فان هذه الترديدات كما ترى حيث ان المال اذا كان مردداً بين نفرين اجريت فيه قاعدة العدل من التقسيم بينهما، لانه لااولوية لاحدهما على الاخر، وكلاهما على الفرض مقر بأنه ليس له ، كما انه لاوجه لاعطائه لغيرهما أوالتقسيم بينهما بدون العدل بأن يعطي لاحدهما الثلث وللاخر الثلثين مثلا كما ذكرنا ذلك في بعض مباحث [الفقه] مفصلا .

ومنه يعلم حال ماذا قال :أخذت بعضه ولم آخذ بعضه بعد ، فانه بالنسبة

الى كل بعض يجرى حكم الكل اذا نفى أخذه أو أثبته .

كما ان مما تقدم يعلم حال ما اذا اعترف المشتري بانه اشتراه وأنكر الشريك ، حيث ان الشفيع له الاخذ بالشفعة ويتربص الفرصة بانه اذا انتقل اليه بالارث ونحوه ، مثلا : يأخذه منه لقاعدة اقرار العقلاء وغيره مما تقدم .

ثم قال في القواعد: وللشفيع دون البائع على اشكال احلاف المشتري.

وفي مفتاح الكرامةحاصله:انه اذا ادعى انه باع نصيبهمن أجنبي ، وأنكر الاجنبي فلاشك ،كما في الايضاح في احلاف الشفيع للمشتري ، أما لاثبات الشفعة على قول ابن ادريس أولاثبات الدرك ، وهذا الذي نفى الشك فيه توقف فيهفيالتذكرة والدروسحيث لاترجيح فيهما ، وفي التحريروالمسالك انه أقوى ، ووجه العدمان مقصوده أخذ الشقص وضمان العهدة، وقد حصل من البائع فلافائدة في المحاكمة .

أقول : الظاهرانكل واحد من البائع والشفيع له حق الاحلاف على المشتري لتعلق حقهما معاً بذلك .

ولذا قال في الجواهر : وعلى كل حال ، فلااشكال في ان للبائع احلافه اذا لم يكن قد قبض الثمن ، بل ومع قبضه من الشفيع ، وان استشكل فيه في القواعد .

وأماالشفيعفله احلافه أيضاًكماصرح به غيرواحد بناءًعلى قبول الدعوى منه ، وان لم يكن جازماً بها تحصيلا لاقراره وضمانه الدرك وغير ذلك مضافاً الى الصدق المزبور ـ انتهى .

أقول : ومنه يعرف انه لوادعى المشتري الاشتراء وأنكر البائع ، فان

لكل من المشترى والشفيع احلاف البائع لتعلق حقهما معاً به ، ثم ان الحلف بالجزم اذا لم يدع النسيان وكان هو الطرف،اما اذا كان وارثه أووليه أووكيله أووصيه أوما أشبه ، أوادعى النسيان ، فالحلف يكون على عدم العلم حسب قوانين الادعاء والانكار ، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٣ ـ) قال في الشرائع : اذا ادعى انشريكه ابتاع بعده فأنكر، فالقول قول المنكر مع يمينه .

أقول : هذا الادعاء ينفع في انه يستحق الشفعة عليه ، فان ادعاء ابتياع الشريك بعده مع كمال شرائط الشفعة يوجب استحقاق هذا المدعى للاخذ بالشفعة وعليه البينة ، وعلى طرفه المدعى عليه اليمين ، واذا لم يحلف ينبى على القولين في الحكم بمجرد الحلف أوبعد رد اليمين على المدعى .

و كيف كان ، ففي الجواهر : بلاخلاف أجده بين من تعرض له .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ولوادعى تأخير شراء شريكه ، فالقول قول الشريك مع يمينه) كما صرح بذلك في المبسوط والمهذب والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والارشاد ومجمع البرهان وذلك لاصالة عدم تحقق شرط الشفعة .

لايقال : انها معارضةباصالةعدم تقدم شرائه، اذ بعد تساقط الاصلين يرجع الى الشك في تحقق الشرط فعلى مدعيه الاثبات .

ومنه يعلم حكم الجهل بأحد التاريخين،أو الشك فيهما ، أو الجهل بهما ولوادعى كل واحد انه مقدم على شريكه فأخذا بالشفعة كان الامر بينهما نصفين أيضاً لقاعدة العدل اذا لم يكن هنالك بينة ولا حلف .

ثم قال الشرائع : فان حلف انه لايستحق عليهشفعةجاز ولايكلف اليمين انه لم يشتر بعده .

وفي الجواهر : بلا خلاف أجده أيضاً بين المتعرضين له . وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ويكفيه الحلف على عدم استحقاق الشفعة) نسبته الى المبسوطوالمهذب والسرائر والشرائع والتذكرةوالتحريرواللمعة وجامع

المقاصد والمسالك والروضة ووجهه واضح، لان الحلف على الاعم مع ادعاء الاخص هنا وفي غيره مشمول لقوله ﷺ[(١)] : واليمين على من أنكر . فانه اذا ادعى انه يطلبه ديناراً لانه اشترى منه شيئاً فحلف على انه لا يطلب منه شيئاً شمل الادعاء وغيره .

أما العكس فلا يصح بأن يدعي الاعم ويحلف على الاخص ، لان انتفاء الاخص لا يوجب انتفاء الاعم كما هو واضح ، وبذلك ظهرت الاقسام الاربعة بأن يدعى الاخص أو الاعم ، ثم يحلف على الاخص أو الاعم ، وفي المسالك وتبعه مفتاح الكرامة ان لبعض العامة وجهاً لتحتم الحلف على نفي الاخص على طبق الدعوى ووجهاً آخر بانه يجب الحلف على نفي الاخص ان أجاب به لانه لم يجب به الا ويمكنه الحلف عليه، وان أجاب بالاعم ابتداءاً لم يكلف غيره ، وفي كلا الوجهين نظر لما عرفت من انهما خلاف قوله ﷺ : البينة واليمين على من أنكر . فان العرف يفهم منه صحة الحلف على نفي الاخص ، وعلى نفي الاعم فيما اذا نفى الاخص في دعواه .

ومنه يعرف انه لاوجه للمناقشة التي ذكرها الجواهر[(٢)] بأن ظاهر قوله ﷺ : البينة على المدعى واليمين على من أنكر، كون كيفية اليمين على ما وقع منه من الانكار ، ولذا قال بعد ذلك : لكنه واضح الضعف بعد فرض كون الجواب صحيحاً لانه يمكن ان يكون قد اشترى بعده ، ولكن سقطت الشفعة بمسقط ، ولا يستطيع اثباته لو ادعاه .

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢١٥ الباب ٢٥ من كيفية الحكم ح ٣ .

(٢) الجواهر : ج ٣٧ ص ٤٦٠ .

ومنه يعلم ، انه لافرق بين الحلف على نفي الاخص فيما اذا ادعى الاعم في عدم القبول بين ان يكون الحلف على نفي الاخص مطلقاً، أولنفي الاخص من وجه . كما اذا ادعى انه لانسان في الدار ثم حلف على انه لاأبيض في الدار ، فان كلا الحلفين غير نافع لانهما ليس حلفاً على نفي الدعوى لامكان تحقق العموم من وجه بفرده الاخر غير المحلوف عليه .

ثم قال الشرائع . ولو قال كل منهما : اناأسبق فلي الشفعة ، فكل منهما مدع ، ومع عدم البينة يحلف كل منهما لصاحبه، وتثبت الدار بينهما .

أقول : ان ادعى كل منهما ذلك فأما ان يقيما البينة أويحلفا أويقيم أحدهما البينة أويحلف أحدهما، فان أقاما كل منهما البينة، أوحلفا أو لم يكن لاحدهما بينة ولاحلف فلاشفعة لاحدهما على الاخر ، بل تثبت الدار بينهما لقاعدة العدل .

أما اذا أقام أحدهما البينة فالحكم له ، وكذلك اذا حلف أحدهما فالحكم له .

وفي مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ولوادعى كل منهما السبق تحالفا مع عدم البينة) صرح بذلك الشرائع والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان . ثم قال : ويأتي للمصنف في الكتاب وغيره والشيخ والقاضي في المسألة انه يسمع من أحدهما أولا لسبقه أوللقرعة أولكونه عن يمين صاحبه حتى تنتهي دعواه ثم يسمع من الاخر دعواه – انتهى .

وقد أخذ منه الجواهر حيث قال : قديشكل ذلك بانهما دعويان مستقلان لادعوى واحدة يكون الحكم فيها بالتحالف فيتجه حينئذ فيها ان يقال : انه ان

سبق أحدهما بالدعوى ، أوكان عن يمين صاحبه ، وقلنا بالترجيح أو أقرع الحاكم في استخراج تقديم أيهما في الدعوى مع فرض تقارنهما يسمع دعواه ويحلف المنكر مع عدم البينة ، فان نكل حلف المدعي وقضى له ولم تسمع دعوى الاخر بعد استحقاق خصمه ملكه ، بناءاً على اعتبار بقاء الملك في استحقاق الشفعة .

نعم لو حلف ولم ينكل سقطت دعوى خصمه عليه الشفعة وبقيت له دعوى بها عليه ، فاذا ادعى بها وحلف خصمه استقر الملك بينهما على الشركة بلا شفعة ، وان نكل حلف هو وشفع ان أراد وصار الكل له ، كما صرح بذلك في موضع من القواعد ، بل هو المحكى عن المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ـ انتهى .

لكن مقتضى القاعدة حيث ذكرنا في [كتاب القضاء] ان المعيار في الدعوى المصب لا المآل انه ان أبرزا دعويين كان كما ذكر ، أما اذا ذكرا دعوى واحدة فهو كما ذكرناه أولا ، اذ من الممكن ابرازهما بصورة دعويين باعتبار ان كلا منهما يدعى الشفعة في شقص الاخر فهما دعويان لشفعتين ، كما يمكن ابرازهما على وجه يكون كالدعوى الواحدة باعتبار ان كلا منهما يدعي السبق الذي هو واحد ، وبذلك يظهر انه لاتنافي بين الكلامين الذين ذكرهما القواعد وغيره ممن عرفت ، فاذا كانت دعوى واحدة كان كما ذكره الشرائع وغيره ، وان كانت دعويين كان كما ذكره المبسوط وغيره .

ولذا قال في الجواهر أخيراً : انهما ان اختارا ابرازها بعنوان دعويين مستقلين فحينئذ يأتي كلام الشرائع الذي هو البدء بأحديهما على حسب غيرها من الدعوى ـ فاذا انتهت توجهت الاخرى ان بقي لها محل ـ انتهى .

فان الحاكم انما ينظر الى الدعوى ،كما تعنون لا الى المآل أوما يحتمل انه المراد من الدعوى ، فقد يختلف الزوجان مثلا في وجوب النفقة لها عليه وعدم الوجوب ، وقد يختلفان في ان العقد متعة أودوام ، فاذا فرض ان فائدة الدعوى الثانية انما هي النفقة لايقال : ان الخلاف في النفقة وعدمها .

بل يقال : بأن الفرق بين المتعة والدوام الاشتراط في العقد وعدمه ، ومن الواضح انعكاس الأصل في مصب الدعويين ، و ان كان المآل واحداً ، الى غير ذلك من الأمثلة مما يمكن ان تعنون الدعوى بعناوين متعددة يكون الحق في بعضها لهذا الطرف ، وفي بعضها للطرف الاخرحسب الأصل ، وقد ذكرنا بعض تفصيل ذلك في أواخر شرح العروة و [كتاب القضاء] وغيرهما .

وكيف كان ، فقد قال في الشرائع : لوكان لاحدهما بينة بالشراء مطلقاً لم يهتم بها ، اذ لافائدة فيها ولوشهدت لاحدهما بالتقدم على صاحبه قضى بها ، ووجه كلا الحكمين واضح ، اذفيالاول لانزاع بينهما فيالشراء المطلق الذي لايثبت الشفعة والثاني مشمول للادلة ، فان البينة على التقدم مقتضى بها ، وان كان للاخر البينة المطلقة حيث لافائدة فيالبينة المطلقة فيمقابل البينة المقيدة.

ومنه يعلم انه لايظهر وجه لمناقشة صاحب الجواهر ، حيث قال : لكن قد يناقش بأنها أعم من اقتضاء الشفعة الاّ أن يكون مورد النزاع بينهما كذلك لانه أمران السبق واستحقاق الشفعة ،كما هو ظاهر المتن ، اذ لا ظهور للمتن في ذلك، بل ظهور المتن فيما ذكرناه .

قال في الشرائع : ولو كان لهما بيّنتانبالابتياع مطلقاً ، أوفي تاريخواحد فلاترجيح ، وذلك واضح لعدم الفائدة في المطلقة واقتضاء الثانية عدمالشفعة بينهما لعدم السبق من أحدهما كما ذكره الجواهر ، ثم ان كان لكليهما بيّنة

واحدة شهدت لهذا تارة، ولذلك اخرى، فمع عدم التعارض بأن كانت احديهما مطلقة ، والاخرى مقيدة فلا كلام ، أما مع التعارض فهما ساقطتان للمناقضة بين كلامهما حيث لايشمل مثله أدلة البينة، وبذلك يرفع احتمال قبول قولهما الاول، حيث انه لا مانع منه بخلاف الثاني، حيث انه لايبقى مجال له مع القول الاول، اذ بعد عدم شمول الادلة لمثل القولين لا وجه لهذا الوجه الاستحساني .

ويؤيده مارواه محمد[1] بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضى أمير المؤمنين في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق فقطع يده حتّى اذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا هذا السارق ، وليس الذي قطعت يده انما شبهنا ذلك بهذا فقضى عليهما ان غرمهما نصف الدية ولم يجز شهادتهما على الاخر، ومثله بعض[2] الروايات الاخر التي ذكرها الوسائل وغيره في باب انه اذا شهد شاهدان بالسرقة ، ثم رجعا بعد القطع ضمنا دية اليد ، فان شهد على الاخر بالسرقة لم يقبل .

ثم قال الشرائع : ولو شهدت بيّنة كل واحد منهما بالتقدم قيل تستعمل القرعة ، وقيل سقطتا وبقى الملك على الشركة .

قال في مفتاح الكرامة عند قول العلامة : (ولو شهدت بينتان كل منهما بالسبق احتمل التساقط والقرعة) ومثله في عدم الترجيح الشرائع والتذكرة والتحرير والمختلف وفي المبسوط وجامع المقاصد ان الاقوى القرعة ، وبه جزم في المهذب ، وفي الايضاح والمسالك ان الاولى التساقط والتحالف ، واستبعده في جامع المقاصد لانتفاء اليمين عن الدعوى مع قيام البينة ، ونقل

---

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من الشهادات .
(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من الشهادات .

في المختلف الاحتمال الاول قولا ولم نجده ، وانما هـو احتمال لنا ، وقول للعامة ، واحتمل في التذكرة أيضاً القسم بينهما .

أقول : أما وجه التساقط فلانهما طريقان متعارضان ، ولذا بنى جماعة من الفقهاء على التساقط فـي مثل ذلك لعدم شمول الادلة للمتعارضين ، ولاترجيح لاحدهما على الاخر فلابد من التساقط وعدم الحكم بالشفعة، ووجه القرعة ان أحديهما كاذبة ، وذلك غير معلوم ، فاللازم أن تستخرج بالقرعة لانها لكل أمر مشكل[1]، هذا بالاضافة الى بعض الروايات الدالة على ترجيح القرعة لاحدى البينتين[2]، ووجهالتحالف بعد التساقط انهبعد تساقط البينتين تبقى الدعويانعلى حالهما ، وقد ذكر المسالك ان الحكم باليمين مـع سقوط البينة ليس ببعيد ، ووجهه ان النبي ﷺ[3] حصر الامر بين البينة واليمين، فاذا سقطت البينةبسبب التعارض كان المجال لاطلاق دليل اليمين، وأشكل عليه في مفتاح الكرامةبأنه لم نجد له أثراً في مثله أصلا في التحالف والتساقط وقال : فتعيّنت القرعة ، كما انه أشكل المفتاح في التساقط بقوله: لكنا لم نجدهمأسقطوا البينتينيوماً، بل أما قسموا المال بينهما نصفين اذاكان في يدهما أو فزعوا الى القرعة فقط، أو الحلف بعدها اذا كان خارجاً عنهما ، وتبعه الجواهر فيما ذكره ، فقد قال بعد نقله كلام المسالك : بأن الحكم باليمين مع سقوط البينة ليس بالبعيد ، وكأنه لعدم تحريره المسألة في [كتاب القضاء] ضرورة معلومية عـدم سقوط البينة عندهم بحال كضرورة كون القاعدة عدم اليمين معها ، فليس حينئـذ الا

---

(١) انظر الجواهر : ج ٣٧ ص ٤٥١ والفقيه : ج ٣ ص ٥٢ الباب ٣٨ في الحكم بالقرعة ح ٢ .

(٢) الوسائل : ج ١٨ ص ١٨٣ الباب ١٢ من كيفية الحكم .

(٣) الوسائل : ج ١٨ ص ١٧١ الباب ٣ من كيفية الحكم .

القرعة بعد عدم امكان القسمة بجعل الشفعة لكل منهما في النصف لعدم تبعض الشفعة ـ انتهى .

لكن يمكن أن يقال: بترجيح أحدي البينتين على الأخرى بالتراجيح التي وردت في بعض الروايات[١] ، وذكرناها في [كتاب الشهادات] الا أن يقال: بأن الامر لما كان مالياً كان مقتضى القاعدة اجراء قاعدة العدل .

(١) الوسائل : ج ١٨ ص ٧٥ الباب ٩ من صفات القاضي ح ١ .

(مسألة ـ ٤ ـ) قال في الشرائع : اذا ادعى الابتياع وزعم الشريك انه ورث وأقاما البينة قال الشيخ : يقرع بينهمالتحقق التعارض ، وذلك بأن يدعى الشريك على الشريك انه انتقل اليه الشقص بالابتياع ، لكن الشريك قال :انه ورث ، وكذا الحكم اذا ادعى الشريك انـه صولح عليه أوأخذه جعالة أوهبة أوماأشبه مما لاشفعة وأقام كل واحد منهما البينة فالشيخ يقول : حيث لاترجح فيشتبه الحال في صدق أحدهما يستخرج بالقرعة لانها لكل أمر مشكل خلافاً للمشهور ، حيث قدموا بينة الشفيع .

قال في القواعد : (ولوادعى الابتياع وادعى الشريك الارث ، وأقامابينة قيل يقرع والاقرب الحكم ببينة الشفيع) .

وفي مفتاح الكرامـة : ان الحكم ببينة الشفيع خيرة الحواشي وجامع المقاصد ، والمسالك ، وفي التذكرة انـه قوي ، واحتمله في الدروس لانـه المدعى في الحقيقة ، لان القول قول مدعى الارث مع اليمين ، فتكونالبينة بينة الشفيع ، ولانـه لوتركلترك، ولانه يطلب انتزاع ملك المشتري ، ويـدعى استحقاق ذلك والشريك ينكره ، فلم يكن الملك فيه مشكلا محلا للقرعـة ، وزاد فيجامع المقاصد مانبه عليه فيالدروس من انه ربمالم يكن بينالبينتين تعارض ، اذ ربما عولت بينة الارث على اصالة بقاء الملك الى حين الموت فانتقل بالارثلعدم علمها بصدورالبيع ،لان استنادها في ذلك الى الاستصحاب كاف وبينة الشراءاطلعت على أمرزائد ووافقـه على ذلك صاحب المسالك ، ولاترجيح في الشرائع والتحرير والايضاح ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة هوماذكروه ، لاماذكره الشيخ للدليل المتقدم مـن ان الشفيع خارج يـريد أخـذ المال فعليه البينة ، وانما على المنكر اليمين وهـو

المالك المدعى للارث ، وذلك انما يصح فيما يمكن ان يكون وارثاً .

أما اذا لم يمكن فالعلم حائل دون قبول قول المالك بأن يكونا أجنبيين مثلا، من غيرفرق في ذلك كله بين تعارض البينتين ،كما لوقال :أعلم ان المالك لم يبع له ، بل ورث ، أوقال : أعلم انه لم يبع له بدون ان يقول : بل ورث، وبين عدم تعارضهما ،كما اذا قال : كان لمورثه ، والاصل بقائه حتى ورث ، ولاأعلم انه باع أولا، لوحدة المناط في الجميع ، وهو كون البينة على المدعي الذي هو الشفيع ، ولافرق في دعوى الشريك عدم الابتياع فقط أوالارث ، أو الانتقال بالصلح أونحو ذلك ، اذ المهم في الدعوى ان الشريك منكر، سواء أضاف شيئاً آخر أولم يضف ، ، ولذا لاينظر الى ذلك بالنسبة الى سائر الدعاوي، كما انه اذا كان شيء في يد زيد ، فقال عمرو: هو مالي ، وقال زيد : هومالي بالارث مثلا ، فانه لاينظر الى قوله بالارث ، وانما يكون الخارج مدعياً عليه البينة والداخل منكراً ، ويحلف على عدم كونه ملك المدعى ، أما كونه ارثاً أولا فهوخارج عن مصب الدعوى ، سواء اثبته أولم يثبته .

ومنه يعلم ان قول الجواهر: لكن قد يقال : ان ذلك حيث يكون جواب الشريك عدم الابتياع لاالارث أوالانتقال بالصلح أونحو ذلك مما يكون به مدعياً زيادة على الانكار ، وحينئذ يتجه مايقوله الشيخ ضرورة كون كل منهما مدعياً أمراً خارجاً عن الاصل ، وكون القول قول الشريك مع عدم البينة لواقتصر على الانكار لايقتضي كونه كذلك حتى اذا ادعى أمراً آخر، والفرض انه أقام البينة عليه ، وتظهر الثمرة انه لولم تكن الابينته لم يكن عليه يمين ، وان قلنا : ان المنكر لاتسقط عنه اليمين بالبينة ، ولعل التأمل في بعض كلامهم

في مسألة الايداع يشهد بذلك في الجملة خصوصاً بعد ظهوره في القرعة مع المنافاة ـ انتهى .

غير ظاهر الوجه ، نعم اذا كان أثر لاثباته الارث مثلا كان دعوى اخرى .

ثم قال القواعد : ولو صدق البائع الشفيع لم تثبت .

وفي مفتاح الكرامة : كما في التحرير وجامع المقاصد .

أقول : قد تقدم ان للبائع الحق في ان يكون شاهداً لاطلاق أدلة الشهادة، ولامخرج له الاماتقدم من انه اقرار في حق الغير فلايقبل ولايعد مثل ذلك شهادة لانها على فعل نفسه ، وانه مورد التهمة ، وقد عرفت ان كل ذلك لايقاوم اطلاق أدلة الشهادة .

ومنه يعرف ان قول مفتاح الكرامة : لوادعى على شريكه شراء نصيبه من زيد فصدقه زيد ، وأنكر المشتري وقال : اني ورثته من أبي لايقبل ،لان تصديق من خرج عنه الملك الى الغير اقرار في حق الغير فلايقبل ، ولايعد مثل ذلك شهادة لانها على فعل نفسه في موطن تهمة، محل نظر، وان تبعه الجواهر بقوله: لوأقر زيد بالبيع أيضاً فكذلك لانه اقرار في حق الغير ، ولايكون بذلك شاهداً لما عرفته سابقاً من عدم قبولها على فعل نفسه ، وماذكروه من جر النفع بها ، وليست الشفعة من حقوق العقد التي يقبل فيها قول البائع باعتبار كونه اقراراً في حق نفسه ، وانما الشفعة حق ثابت بالاستقلال للشريك بسبب البيع ـ انتهى.

نعم ، من الواضح ان البائع يكون أحد الشاهدين ،لانه يثبت به مطلقاً، فاللازم أماضم شاهد آخر فيما اذا كان رجلا ، أوضم اليمين أوتمامية شرائط الشهادة في المرأة اذا كانت امرأة .

ثم انه يلزم ان يقيم الشفيع البينة على انه انتقل الى الشريك بالبيع، أما انه

اذا أقام بينة لاتدل على ذلك ،كما لوشهدت البينة انه كان لزيد مثلا ، فان ذلك لاينفع الشفيع ،كما نبه عليه الجواهر قائلا : ولوأقام الشفيع بينة انه كان لزيد مثلا لم تفده، آخذاً ذلك من القواعد حيث قال : وكذا لوأقام الشفيع بينة انه كان للبائع ولـم يقم الشريك بينة بالارث لانها لـم تشهد بالبيع ، وفي مفتاح الكرامة :كما في التحرير وجامع المقاصد ،لانها لم تشهد بالبيع فمالم يثبت البيع .

أقـول : الظاهر انـه لافرق بين ان تكون بينة الشفيع قائمة على البيع ، أوقائمة على نفي كل انحاء الانتقال ماعداالبيع بأن نفي الجعالة والارث والانتقال بسبب الحيازة والهبة والصلح وما أشبه مما لايبقى الا البيع ، فانه مثبت أيضاً لقول الشفيع ، فهو كما اذا ادعت المرأة مثلا الانقطاع والرجل الدوام ،وأتى الرجل بينة على انه لم يكن انقطاع ثبت قوله، اذ لافرق في اطلاق أدلةالبينة بين الامرين ، فاذا ادعت المرأة الانقطاع لمدة شهر والرجل لمدة شهرين ، فلافرق بين ان يقيم الرجـل البينة على كلامه ، أوعلى نفي كـلامها ، ففي كليهما يثبت قول الرجل ، وكذا فيما أشبه ذلك .

ومما تقدم يعرف وجـه النظر في قول الجواهر : ولوادعى الشريك ان زيداً باعه اياه ، وصدقه زيـد على ذلك ، ولكن الشريك يقول : انـي ورثته من أبي ، لم تثبت الشفعة أيضاً، اذتصديق زيدلايمضي اقراراًعلى غيره ولاشهادة على فعله ، اذ قد عرفت انه لابأس بكونه من الشهود . لاطلاق أدلة الشهادة.

قال في الشرائع : ولو ادعى الشريك الايداع قدمت بيّنة الشفيع ، لان الايداع لاينافي الابتياع .

أقول : اذا اختلفا بين الايداع والابتياع ، فأمـا لهما البيّنة أو يحلفان أو

لا بينة ولا حلف لاحدهما أويحلف أحدهما ، أويقيم البينة ، ومقتضى القاعدة ان البينة على الشفيع والحلف على الشريك ، لانّ الشفيع مدع والبينة على المدعي ، والشريك منكر فالحلف عليه ، فاذا أقاما البينة قدمت بينة الشفيع ، واذا حلفا قدم حلف الشريك ، واذا أقام الشفيع البينة ، فلا مجال للحلف ، كما انه اذا لم يكن له بينة لم يكن عليه حلف ، وانما الحلف للشريك ، وماذكره الشرائع تبعه عليه القواعد والتحرير وغيرهما ، وقد ذكر في المسالك انصور المسألة أربع وعشرون ، وتبعه على ذلك مفتاح الكرامة والجواهر قال: فانلم يكن لهما بينة ، فالقول قول مدعي الوديعة لاصالة عدم الشفعة واعترافه بعدم الملك ، وان أقام بينة فلااشكال في قبولها لانه خارج ، وان أقاما معاً بيّنة بأن أقام المدعي بينة بالشراء ، والمدعى عليه بينة بالايداع فلا يخلو ، أما انتكونا مطلقتين أو مؤرختين أوأحديهمامطلقة والاخرى مؤرخة ، أما بينة الايداع أوبينة الابتياع فالصور أربع ، وعلى تقدير التاريخ :

أمّا ان يتحدا في وقت واحد أو يتقدم تاريخ الابتياع أوتاريخ الايداع فصارت الصور ستأئم على جميع التقادير ، أما أن يتعرض كل واحدةمنالبينتين الى الملك للبائع والمودع بأن يقول: بينة الشفيع ان البائع باع ماهو ملكه ، وبيّنة الايداع انه أودع ماهو ملكه ، أو لايذكرا ذلك أو يذكر أحدهما دون الاخر ، أو يذكر أحديهما دون الاخرى ، فالصور أربع أيضاً مضروبةفي الست السابقة ، والمرتفع وهو أربع وعشرون صورة ، هي أقسام المسألة ـ انتهى .

ومقتضى القاعدة انهمع عدم التنافي بين البينتين كصورة اطلاقهما ، أوتقديم بينة الايداع في التاريخ على بينة الابتياع ، أو كانت بينة الايداع مطلقة ، وبينة الابتياع مؤرخة أخذ بكلتا البينتين .

أما مع التنافي بينهما، فانه يؤخذ ببينة الشفيع لما عرفت من انه المدعي الذي يؤخذ ببينته، والاخر المنكر، كما ان الحلف انما يكون فيما اذا تحالفا، وكانت المنافاة بينهما للمنكر .

أما ماذكره المسالك من قوله: لامنافاة مع سبق تاريخ بينة الابتياع أيضاً، لاحتمال ان البائع غصبه بعد البيع، ثم رده اليه بلفظ الايداع فاعتمده الشهود، وهذا وان كان خلاف المعروف من معنى الايداع الا ان بناء ملك الايداع على ظاهر الامر ، وعقده على التساهل ، ومن ثم اكتفى فيه بالفعل فسهل الخطب فيه ، وقد تبع في ذلك التذكرة على المحكى عنه، ففيه ماذكره الجواهر بعدم صلاحية مثل ذلك للجمع بين البينتين ، والا فمثله يأتي في بينة الابتياع ، نعم يمكن فرضه بامكان شرائه منه بعد بيعه له ثم ايداعه له ـ انتهى .

والحاصل : انه قد ينقلب المدعي منكراً، والمنكر مدعياً في جهة اخرى، مثلا لو قال : بينة الايداع أودع الجمعة ، وبينة الشفيع باع الخميس ، فان ادعى الشفيع ان الايداع كان صورياً ، وأقام بينة حكم له ، وكذلك اذا ادعى انه اشتراه من الشريك بعد البيع، ثم أودعه وأقام بينة، الى غير ذلك من صور الانقلاب .

ومنه يعلم وجه النظر في دعوى عدم التنافي فيما لو اتّحد التاريخان على وجه لايمكن الجمع بينهما بأن قالت أحديهما بعد الزوال بلا فصل أودعه، والاخرى باعه منه، ولذا قال في الجواهر: بأنه مشكل لضرورة وضوح التنافي، سواء تعرض فيهما لكونه أودع ملكه، أوباعه ، أو لم يتعرض فيهما ، أوتعرض في احديهما دون الاخرى فحيث يحصل التنافي يقدم بينة الشفيع لكونه مدعياً.

أما ما حكى عن الدروس من القرعة في هذا الفرض ، فقد عرفت سابقاً

في مثله انه غير ظاهر الوجه ، اذلامجال للقرعة بعدكونه غير مشكل الموجب لانتفاء موضوع القرعة ، فان الشارع جعل البينة على المدعي واليمين على من أنكر ،والافان حكمنا بالقرعة في أمثال المقام لم يكن مورد لقاعدة البينة والحلف كما هو واضح .

ثم انه مما تقدم من تقدم بينة الشفيع الا ان ينقلب المنكرمدعياً فتقدم بينته يظهر وجه النظر في استثناء الشيخ في محكى المبسوط والفاضل والشهيد في محكي التذكرة والدروس لصورة واحدة من الصور المتقدمة ، وهوما ذكره الشرائع متردداً حيث لم يفت فيه بشيء بقوله ولوشهدت بالابتياع مطلقاً وشهدت الاخرى ان المودع أودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر ، قال الشيخ : قدمت بينة الايداع لانها انفردت بالملك ويكاتب المودع ، فان صدق قضى ببينته وسقطت الشفعة،وان أنكرقضى ببينة الشفيع ولوشهدت بينة الشفيع ان البائع باع وهو ملكه ، وشهدت بينة الايداع مطلقة قضى ببينة الشفيع ولم يراسل المودع لانه لامعنى للمراسلة هنا ـ انتهى .

اذ لايخفى ان لهذا صوراً وعدم استقامتها صورتين مثلاشهادة البينة الاخرى بأن المودع أودعه ما هوملكه في تاريخ متأخر ليست صورة واحدة ، فانه قد تشهد البينة ان المودع أودعه ما هوملكه بالاستصحاب ، وقد تشهد بأن المودع أودعه ما هو ملكه بالقطع بأن قالا : انا نعلم انه لم يبع ولم يهب وما أشبه ذلك لاناكنا معه ، ومن الواضح اختلاف الصورتين ،كما ان قوله : لوشهدت بينة الشفيع ان البائع باع وهوملكه أيضاً يختلف صورتاه بأن قالت البينة : انه ملكه بالاستصحاب ، أوقالت البينة : باناتعلم انه ملكه لانه لم يحدث فيه شيئاً ،كما ان الكتابة الى المودع من باب المثال والا فقد يكون المودع حاضراً على انه

لاينحصر الامر بعد مكاتبة المودع في ان يصدق أو ان ينكر،لان هناك صورة ما اذا قال : انه نسي أوما أشبه ذلك ، أولم يمكن المكاتبة للمودع مثلا ، الى غير ذلك من الصور ، وبالجملة فالمدار في الصور كلها على عدم التنافي أو الرجحان كما ذكره الجواهر ، وان كانت كلماتهم محتاجة الى التأمل .

ومما تقدم يظهر حال ماإذا قال الشفيع:صح ان شريكي أودع،لكن الشريك لم يكن يعلم انه باعه قبل ذلك لنسيان ، أوان وكيله باعه ، أوما أشبه ، فان اثبت لم ينفع تأخر بينة الايداع عن بينة البيع للشريك كما هو واضح .

ولو ادعى الشفيع انه كان له شريك واحد فباعه من المشترى فله الشفعة عليه ، وقال المشتري : بل كان له شريكان قدمت بينة المشتري لانه مدع لشريك آخر والشفيع منكر له ، فاذا لم يكن له بينة حلف الشفيع وأخذ بالشفعة .

ثم انه لوانعكس الفرض الذى ذكروه بأن قال الشريك : ابتياع والشفيع ايداع لم يأخذ بالشفعة كما هو واضح ، وهذا لاكلام فيه ، وانما الكلام فيما اذا مات الشفيع وورثه من يكذب مورثه قائلا : انه ابتياع حق له الاخذ ، فان اقرار مورثه على نفسه لاعلى الوارث فتأمل .

ومنه يعلم حال ما اذا كذب وارث الشريك مورثه فقال : بأنه ايداع ، حيث لم يؤثر اقرار مورثه عليه ،كما يعلم منهما الحال في الولي والمولي عليه اذا خرج عن القصور،أوصار الكامل مولى عليه وحال الوكيل والموكل .

(مسألة ـ ٥ ـ) قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر : اذا تصادق البائع والمشتري ان الثمن المعين غصب وأنكر الشفيع فالقول قوله ، لان اقرارهما انما هو في حقهما فيجب رد الثمن على المقر لـه ، ولايملك المشتري نماء الشقص المتخلل بين الشراء والشفعة دونه فيستصحب بقاء حقه الثابت بالاتفاق الاول ويأخذ بالشفعة مع كون الدرك على المشتري ، بل لايمين لهما عليه بعد اقرارهما السابق الا ان يدعي عليه العلم فيحلف على نفيه ،كل ذلك لاأجد فيه خلافاً بين من تعرض له كالشيخ والفاضل والكركي وثاني الشهيدين ، لكن لم يتعرضوا لحكم الثمن ـ انتهى .

أقول : يمكن المناقشة في الاطلاق المذكور ، والتفصيل في الحكم بانهما لوقالا : أوقعنا بيعاً فاسداً،فلابيع لاحق للشفيع بقوله بصحة البيع الا بالبينة ، لانه لم يكن هناك اعتراف بالبيع حتى يكون حقاً للشفيع .

أما اذا أقام الشفيع البينة فانه يأخذبهالعموم حجيتها، وبين مالوادعيا البيع أولا ، وبعد ذلك قالا : بأنه فاسد ، فانه لايقبل ما ادعياه بعد اعترافهما بـالبيع الصحيح ، فانه بعد اعترافهما بالبيع الصحيح يثبت حق الشفيع ، وانما يكون اقرارهما بالفساد بعد ذلك في حق انفسهما لاغيرهما، فهو كما لوادعياه أولا ثم قالا : ان احدهما كان طفلا أومجنوناً مثلا ، الـى غير ذلك مما يكون موجبـاً للفساد ، فان قولهما الثاني لاينفي قولهما الاول بالصحة بالنسبة الـى الشفيع الذي بمجرد اعترافهما بالصحة ثبت حقه .

ومنه يعلـم احتياج الشفيع الى البينة فيما لو قالا من أول الامر ان أحدنا كان طفلا أومجنوناً أومحجوزاً عليه أوما أشبه ذلك مما يكون مجموع الكلام موجباً لفساد البيع وعدم وقوعه ، فانه لو أقام الشفيع البينة علـى كذب ان

البائع أوالمشتري كان طفلا أومجنوناً أوما أشبه ، حق له الاخذ بالشفعة والافلا .

ثم في المقام الذي قلنا بالشفعة وهما ينكران المعاملة الصحيحة يلزم على الشفيع ان يدفع الثمن الى الشريك ، لا الى المشتري ، اذ لاوجه لدفعه الى المشتري بعد قوله : بانه لم يكن بيع ، وانما يدفعه الى الشريك ، لان الشريك هوالمالك للثمن حالا حسب زعم الشفيع ان الملك خرج عن ملكه ولم يدخل الثمن من المشتري في كيسه والشريك انما يأخذ الثمن مقاصة لانه معترف بانه لابيع .

ومنه يعرف ان قول المسالك : فيبقى حكم الثمن الذي يعترف به الشفيع ، فان المشتري يزعم انه لايستحقه لفساد الشراء وكذلك البائع ، فطريق التخلص منه ان يأخذه المشتري ويدفعه الى البائع ليأخذه مقاصة عن قيمة الشقص لزعمهما انه غير مستحق لاخذه ، فان بقي من الثمن بقية عن القيمة فهي مال لايدعيه أحد ومحلها الحاكم ـ انتهى .

محل نظر ، ولعله لذلك قال في الجواهر : ان كلام المسالك جيد مع رضى المشتري الذي لايستحق المطالبة بالقبض ، وأما ان الزيادة التي قالها المسالك فالظاهر انه يقسم بينهما نصفين لانه بينهما ، فهو كما اذا علم الحاكم ان زيداً أو عمرواً يملك هذا الدينار وكل منهما يتبرء منه ، لاعتقاده انه ليس له ، فانه يقسمه بينهما نصفين لقاعدة العدل المقدمة على القرعة كما ذكرناه مكرراً ، أما ان يأخذه الحاكم ويدعه في بيت المال فغير ظاهر الوجه ، اذ لاشأن لبيت المال في الأملاك الشخصية ، سواء كانت محلا للعلم التفصيلي أوللعلم الاجمالي .

أما اذا كانت القيمة أقل من الثمن ، فان الشريك لايتمكن من أخذ الزيادة لانه بعد ان صار القول قول الشفيع ينفذ مايراه .

نعم الظاهر ان للشريك ان يأخذ التفاوت من مال الشفيع تقاصاً اذا تمكن من ذلك ولم يكن في المقام حلف يسقط الحق، كماقرر في [كتاب الشهادات] من انه اذا حلف من عليه الحلف لايتمكن طرفه من التقاص، وان كان حقه ثابتاً واقعاً على ماذكره المشهور .

ثم ان الجواهر قال: ولو أقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة لفساد البيع في حقهما دون البائع، وعلى المشتري رد قيمة الثمن أومثله الى صاحبه الذي حال بينه وبينه، ولو أقر الشفيع والبائع خاصة رد البائع الثمن على المالك لنفوذ اقراره فيه، وليس له مطالبة المشتري بالشقص لانه اقرار في حق الغير ولاشفعة بعد اعتراف الشفيع بفساد البيع .

أقول: يأتي في هاتين المسألتين ماذكرناه من التفصيل في مسألة تصادق البائع والمشتري ان الثمن غصب، حيث تقدم الاشكال في اطلاق الشرائع وغيره.

ثم ان مماتقدم يعلم حكم الاقرار من اثنين بأن بعض الثمن غصب أو حكمهم جميعاً بالصحة الا ان الوارث أو الولي أو الوكيل أو الموكل أو الوصي أومن أشبههم قال: بالغصبية كلا أو بعضاً لوحدة الملاك في الجميع .

كما ان منه يعلم حال ماذا اختلف الورثة أو الوكيلان أو الوصيان أو ماأشبه في انه غصب أولا، حيث يعمل كل حسب نظره .

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في القواعد: (ويطالب مدعي الشفعة بالتحرير بأن يحدد مكان الشقص ، ويذكر قدره وكمية الثمن) ونحوه حكى عن التذكرة والتحرير والدروس وغيرهم وحكى عن الشهيد من املاء العلاّمة انه لايراد بالتحديد التحديد المعروف، بل يذكر مايميزه من غيره .

وكأنه لذا قال في جامع المقاصد: لابد من مطالبة مدعى الشفعة بتحرير الدعوى، فان الدعوى غير المحررة لاتسمع وتحريرها بأن يحدد مكان الشقص وان يذكر مايميـزه عن غيره ، سواء كان بذكر حدوده أم لا ؟ فليـس المراد بتحديده ذكر الحدود، لان شهرته باسم أوصفة قدتكون أظهر في تمييزه من ان يحتاج الى التحديد، وانما قال يحدد مكان الشقص ، لان الشقص شائع ، فلايمكن تحديده الاّ بتحديد المجموع، وانما اشترط التمييز، لان الدعوى بالشيء الغائب عن مجلس الحكم لابـد من تمييزه من غيره والاّ لم تسمـع الدعوى لتعذر الحكم ولابد من ان يذكـر قدر الشقص ، لان ذلك من جملة التمييز ولابد من ذكر كمية الثمن لتعذر الشفعة من دون معرفة الثمن ـ انتهى .

لكن الظاهـر ان المراد تحريـر الدعوى بحيث تكون مسموعـة ، ومن الواضح ان الدعوى المجملة أيضاً مسموعة فيقول الشفيع: اني أعلم ان شريكي في احد الاملاك باع حصته من انسان لا أعلم ذلك الانسان من هو، ولا أعلم ذلك الملك ماهو ، بل قد يقول : اني أعلم ان احد شركائـي في بعض املاكي باع حصته من انسان ، ولاأعلـم من هو ذلك الشريك؟ وماهو ذلك المبيع ؟ ومن هو ذلك المشتري؟ فان له الدعوى بمثل ذلك ويحضر الشركاء المحتملين والمشترين المحتملين مثلا عند الحاكم لتحرير الموضوع .

وكأنـه لذا قال في مفتاح الكرامـة : في الاشكال على من تقدم أسمائهم

المراد بتحرير الدعوى ان تكون مسموعة بأن تكون صحيحة لازمة كما صرحوا به في باب القضاء، واخرجوا من ذلك مالوادعى الشفعـة على الجار أو مع تكثر الشركاء ، أو انه وهبـه ولم يقبضه ، فانها لم تسمع فيكفي في تحرير دفع الشفعة ان يقول : ان هذا قد اشترى شقصاً أو نصفاً من الدار المعلومة عندنا المشتركة بيني وبين أخيه بمائـة درهم، فيقول المدعى عليه : لم اشتره وانما اتهبتـه مثلا أو ورثته من أخي أو أودعنيه أو اعارنيـه أو أسقط الشفعة ببعض مسقطاتها اونحو ذلك ولايشترط اكثر من ذلك ككونـه في المكان الفلاني، أو كونه مشهوراً باسم او صفـة ومعرفة مقدار الشقص، ولذا لم يذكره الاكثر ، نعم لوقال: بثمن لم نعلمه اوشقص من دار من دور مشتركة لم نعلمها لم تسمع وان استخرج هذا الشقص بالقرعة ـ انتهى .

لكن فيه ماعرفت من انه لايلزم الخصوصية، اذ لا دليل على ذلك، وانما الاعتبار بسماع الدعوى شرعاً، وسماع الدعوى أعم مماذكره اخيراً بقوله : نعم، بل ربماكان الشفيع مجهولا ايضاً بأن يعلم زيد أوعمرو ان احدهما شفيع له الحق في الاخذ بالشفعة فيذهبان الى الحاكم ويقولان له ذلك ويطلبان من الشركاء والمشترين التعيين، وعليه فيمكن ان يكون كل من الخمسة من الشفيع والبائـع والمشتري والثمن والمثمن مجهولا ومردداً بالعلم الاجمالي أو بين الاقل والاكثر مثلا، فانه اذا كانت الدعوى تسمع، فان الدعوى المجملة ايضاً مسموعة، كماذكرناه في [كتاب القضاء] .

ومنه يعلـم وجه النظر في قول مفتاح الكرامة اخيراً : ان المشهور بين المتأخرين سماع الدعوى بالشيء المجهول كالثوب والفرس والشيء والمال ، فاطلاق كلامهم غير جيد، وان كان من المعلوم ان الثمن والشقص اذا كانا هنا

من الشهادة ونحوها ، ولا وجه لتأخير الشفعة بعد اطلاق أدلتها الشاملة للمقام .

أما ان قال المنسوب اليه الاشتراء له : هو ملكي لم اشتره ، أو قال : انه موهوب له أوأخذه تقاصاً أو ماأشبه، صارت الحكومة بين الشفيع، ومن نسب اليه الشراء فيكون الشفيع مدعياً ، وذلك منكراً على ماتقدم .

قال في القواعد: وان قال: هو ملكي لم أشتره انتقلت الحكومة اليه .

وفي مفتاح الكرامة كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد قال: لان يد الاول فرع يده واقرار الاول لاينفذ عليه، لانه اقرار على الغير، فحينئذ يسعى الشريك في الاثبات ان أمكنه .

وفي القواعد : وان كذبه ،أي المنسوب اليه الشراء له، حكم بالشفعة على الخصم على اشكال .

وفي مفتاح الكرامة: أقو به الحكم بالشفعة كما في الايضاح وجامع المقاصد وبه جزم في التذكرة والتحرير والدروس لاعترافه بالشراء الموجب للشفعة ، وقد اندفع اقراره به للغير بتكذيبه، أما وجه الاشكال فهوماذكره في الايضاح وجامع المقاصد انه نفي الملك عن نفسه .

أقول: اذا علمنا انه اشتراه للغير ، سواء كان الغير المنسوب اليه أو انسان آخر ، وانما اشتبه أونسي أوكذب في نسبته الى المنسوب اليه دون المشتري له واقعاً، مثلا اشتراه لزيد ونسبه لعمرو، فلاينبغي الاشكال في ثبوت الشفعة لاطلاق الادلة، وانما يكون المأخوذ منه الملك المشترى له واقعاً هو بنفسه أو من نسب اليه أو الغير المشترى له واقعاً .

أما اذا لم يعلم انه اشترى أصلا لاحتمال الهبة أو الارث أو ماأشبه، فالظاهر انه يؤخذ باقراره انه ملك للغير بالاشتراء لانه ذو اليد وذو اليد قوله حجة ،

وكونه اقراراً بحق الغير لايسقط حجية يده في اعترافه بالاشتراء للغير ، فانه لاينبغي الاشكال انه ان قال: اشتريته لفلان وهو غصب في يدي الان، لان المالك طالبه فلم ادفع اليه ، أو قال: ان غيري اشتراه ، واني اغتصبته منه مثلا لم يحق للشفيع دفع الثمن اليه ، لان الغاصب لايعطى له مال الغير ، وان علم الشفيع بأنه ولي أو وكيل دفع الثمن اليه لولايته في ذلك .

أما اذا لم يعلم هل انه غاصب أو ولي ووكيل ونحوهما، فالظاهر انقوله حجة ، لانه ذو اليد .

ثم ان المحكى عن جامع المقاصد والايضاح ان الثمن يدفع للحاكم الى ان يظهر مالكه ، وعن حواشي الشهيد انه يبقى في يد الشفيع الى ان يدعيه المقر له، أويدفع الى الحاكم الى ان يدعيه المقر الذي هو الخصم .

وأشكل على ذلك الجواهر قال : قد يشكل ذلك من أصله ، بناءاً على اعتبار دفع الثمن للمشتري في تملك الشقص وهو غيرمتحقق هنا لنفي المقر له بالتكذيب والمقر بالاقرار وقيام الحاكم مقام المشتري في ذلك لا دليل عليه .

نعم لوقلنا: بالملك بالاخذ يتجه ذلك ويكون حكمه كالمال المقر به لزيد وهو ينفيه ـ انتهى .

وماذكره لابأس به، لكنك قد عرفت سابقاً ان المال اذا كان مردداً بينهما يكون بينهما على قاعدة العدل ولايبقى بيد الحاكم ولايصرف الى بيت المال وماأشبه .

وفي مفتاح الكرامة بعد نقله عن الايضاح وجامع المقاصد ماتقدم من الدفع الى الحاكم قال: قلت: لانه ولي الغائب والمتولى لحفظ المال الضائع

والمجهول المالك وهذا في حكمهما لكنه في اقرار الكتاب والتذكرة خير في مثله بين تركه في يد المقر أوالقاضي – انتهى .

وكيف كان ، ففي القواعد بعدما تقدم وان قال : اشتريته للطفل وله عليه ولاية ، احتمل ثبوت الشفعة ، لانه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه والعدم لثبوت الملك للطفل والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه ، وفي مفتاح الكرامة ثبوت الشفعة خيرة التذكرة والحواشي والدروس وجامع المقاصد مستنداً في التذكرة والتحرير الى التعليل المذكور ، ثم نقل عن التحرير انه قرر العدم ، والظاهر هو ماذكره أولا لانه مال في يده واقراره نافذ لانه ذو اليد ، ولذا رد التحرير في محكى جامع المقاصد بانا لانسلم انه اقرار على الطفل، بل هو اقرار على مافي يده .

ومنه يعلم حال ما اذا كان ولياً على المجنون لاستواء الحكم فيهما .

ثم انه قد تقدم في عبارة القواعد : (وله عليه ولاية) والظاهر انّه غير محتاج اليه ، لان المال اذا كان في يده وهو يدعي الولاية على الطفل صح اقراره بالنسبة الى المال لكونه ذي اليد ، فاذا لم نعلم هل انه ولي ، أو ليس بولي ؟ نأخذ باقراره في ان له النصرف في المال ، وكذلك اذا كان المال في يده وادعى انه وكيل أو قيم أو ماأشبه .

ثم ان القواعد قال: وان اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب أوللطفل بالشراء لم تثبت الشفعة، وفي مفتاح الكرامة لو اعترف المدعى عليه بالشفعة بالشراء فهو في العبارة صلة اعترف بعد اقراره بكونه مملوكاً للغائب أوللطفل بأن قال: هذا ليس ملكاً لي، بل ملك لفلان الغائب أوالمحجور، وقد اشتريته له لم تثبت الشفعة، لان اقراره بالشراء له بعد اقراره بالملك له اقرار في حق الغير، بخلاف

ماإذا أقر بالشراء ابتداءاً، لان الملك ثبت لهما بذلك الاقرار فيثبت جميعه، كما ذكر ذلك في التذكرة وجامع المقاصد وهو الذي فرض المسألة فيه في الدروس.

أقول : لاينبغي الإشكال في عدم الفرق بين المسألتين في صحة الاقرار والاخذ بالشفعة اذا ثبتت ولايته ووكالته ، اذ لا وجه لعدم الاخذ بقوله ، سواء قدم اقراره بالملكية أو اقراره بالشراء ولم يظهر فارق بما ذكروه ، بل وينبغي أن يكون كذلك في عدم الفرق اذا لم تثبت ولايته أو وكالته، لان قول ذي اليد حجة وهو ذو اليد ، فتخصيص مفتاح الكرامة الاشكال بما اذا كان ولياً للطفل غير ظاهر الوجه ، كما ان الجواهر أيضاً تبعهم فقال : ولو أقر بالشراء بعد ان اعترف انه ملك لغيره لم يسمع لكونه أقراراً باثبات حق الشفعة على مال الغير، بل لعله كذلك في المولى عليه ، بناءاً على عدم نفوذ اقراره عليه وهو بخلاف ما لو أقر بالشراء ابتداءاً ، فان الملك ثبت له به فيتبعه الحق فيه فتأمل .

ثم ان ماتقدم من المسائل لا فرق فيها بين أن يكون الذي بيده الشقص بعنوان الشفيع مالكاً للشقص الذي في يده فيأخذ بالشفعة أو ولياً ووكيلا ونحوهما لوحدة الملاك في الجميع ، والله سبحانه العالم .

(مسألة ـ ٦ ـ) قال في القواعد : ولو أنكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة ، وفي القضاء له باليد اشكال .

وفي مفتاح الكرامة يريد انه هل يقضي للشفيع باليد لو كان صاحب يد أم‌لا ؟ ولم يرجح المصنف هنا ولا ولده في الايضاح ، وجزم في التحرير بأنه لايكتفي باليد وانه يفتقر الى البينة، وجزم في التذكرة بأنه يقضي له بها، وفي الدروس انه الاولى ، وفي جامع المقاصد انه الاصح ، وحكاه في الحواشي عن ابن المتوج .

أقول : مقتضى القاعدة القضاء باليد كالقضاء بالبينة لانهما حجتان شرعاً ، بل اللازم القضاء بما اذا كان مدعياً للملكية ولم يكن له منازع كما ذكروا في باب مثبتات الملك ، وان لم يكن له يد .

أما وجه عدم القضاء فهو مااحتمل في كلام القواعد من ان دلالة اليد على الملك ضعيفة فيقتصر فيها على عدم الانتزاع منه في الدعوى، وعدم الاحتياج الى البينة دون استحقاق انتزاع ملك الغير قهراً الذي هو يخالف الاصل .

ومن الواضح ان هذا الدليل ضعيف، ولذا قال في الجواهر : الاّ أن‌ذلك كله كما ترى ، نعم قد يقال : ان له اليمين عليه ، وان اقتصر على نفيه عنه من دون دعواه له ، وهو كما ذكره الجواهر ، اذ المدعي اذا لم تكن له البينة أو حجة شرعية اخرى كان على المنكر الحلف ولادليل على ان اليد تقاوم الحلف حتى لايحتاج اليه .

قال في مفتاح الكرامة : وهل للمشتري احلافه ؟ قال في جامع المقاصد: نعم، أما اذا ادعى المشتري ان مابيد الشفيع ملك له فظاهر، وأما اذا لم يدعى

الملك لنفسه وانّما اقتصر على نفيه عن الشفيع فلاجرائه مجرى المدّعي ـ انتهى .

أقول : وماذكره غير حاصر لانه قد يدعي المشتري انه وقف ، أو ملك لثالث، أو غير ذلك من الوجوه التي لاتكون الشفعة معها، وكأن مراده المثال.

(مسألة ـ ٧ ـ) قال في القواعد : ولو ادعى على أحد وارثي الشفعة العفو فشهد له الآخر لم تقبل، وان عفى وأعاد الشهادة لم تقبل لانها ردت للتهمةولو شهد ابتداءاً بعد العفو قبلت .

وفي مفتاح الكرامة في الفرع الاول : كما في التحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة والدروس في مسألة الكثرة ، لان ذلك يجر اليه نفعاً لانه يستحق الاخذ للجميع اذا ثبت ذلك فيصير مدعياً، وينبغي أن يقيدوه بما اذا لم يكن عاجزاً لعدم التّهمة حينئذ ، و الضّمير في ادعى راجع الى المشتري .

وقال في الفرع الثاني: كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة لانها ردت للتهمة فيستصحب فكان كالفاسق اذا ردت شهادته ثم تاب وأعادها ـ انتهى .

أقول : انما ترد شهادة أحد وارثي الشفعة على الاخر بالعفو لما تقدم في كلامهم من رجوع حصّة العافي الى الشّاهد كما في الجواهر ، وللتعليلين المذكورين في كلام مفتاح الكرامة وغيره ، لكن الكل كما ترى ، فان اطلاق أدلة الشهادة شاملة للمقام، وقد تقدم الاشكال في كلامهم ان حصة العافي ترجع الى غيره ، فان أحد الورثة لو أعرض عن حقه يكون كسائر المباحات الاصلية، لانها ترجع الى سائر الورثة ، وقد ذكرنا تفصيل ذلك في [كتاب الارث] ولا دليل على رد الشهادة في مطلق جر النفع أو التهمة كما ذكرنا تفصيله في [كتاب الشهادات] فمقتضى القاعدة قبول شهادته .

ثم انه لو عفا نفس الشفيع عن بعض الشفعة له الحق في الاخذ بالبعض الاخر، لكن يلزم تبعض الصفقة فللمشتري الرد أو القبول، اذ قد سبق انمقتضى

القاعدة الاخذ ببعض الحق .

ثم لو ادعى عليهما معاً مثلا العفو ، فان حلفا على العدم كان لهما الشفعة، وان نكلا عن الحلف فلاشفعة ، وان نكل أحدهما وحلف الاخر فعلى قولنا ، كان للمشتري الحق في ابطال شفعة الحالف لانه من تبعض الصفقة عليه .

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: ولو نكل احدهما فان صدق الحالف الناكل فالشفعة لهما بالحلف والتصديق ودرك مايأخذه الناكل على المشتري لترتب يده على يده، وان كان السبب اعتراف الشريك الاخر .

أما الفرع الثاني المتقدم عن القواعد: بأنه ان عفا وأعاد الشهادة لم تقبل مستنداً الى الاستصحاب ،كما عرفت في كلام مفتاح الكرامة ، ففيه نظر ، اذ الاستصحاب غير جار بعد تبدل الموضوع ، فمقتضى القاعدة القبول حتى على مبناهم ، ولذا قال في الجواهر بعد ذكر الاستصحاب : انه لايخلو من اشكال .

ومما ذكرنا يعرف وجه النظر في قول الجواهر بعد ذلك حيث قال : لو اعترف أحد الوارثين ببطلان الشراء فالشفعة بأجمعها للاخر المعترف بالصحة، وكذا لو اعترف بالارث أو الاتهاب دون الاخر بعد ثبوت الشراء .

ثم قال في القواعد : وان شهد أجنبي بعفو أحدهما ، فان حلف بعد عفو الاخر بطلت الشفعة والا أخذ الاخر الجميع .

وقال في مفتاح الكرامة : كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ومعناه انه ان شهد أجنبي عن الشفعة بعفو أحدهما فلابد مع شهادته من اليمين ، فان حلف المشتري مع شاهده بعد عفو الاخر بطلت الشفعة كلها لمكان عفو أحدهما وثبوت عفو الاخر بالشاهد واليمين، وان لم يعف حتى حلف

المشتري استحق الذي لم يعف جميع الشفعة وهو قضية مفهوم الشرط في العبارة ونحوها .

أقول: قد عرفت وجه الاشكال في ذلك، بالاضافة الى ماذكره جامع المقاصد، وتبعه الجواهر حيث قال : ولقائل أن يقول : لا فائدة في يمين المشتري هذه فلا يحلف، لان الاستحقاق يرجع الى الاخر، وان لم يكن مانعاً لم يمنع هناك.

ثم انه لو أنكر المشتري وحدة الشفيع أو اسلامه أو بلوغه أو عقله ، فـلا يحق له الاخذ بالشفعة .

ففي الاول: ان كان الشفيع ذا يد على الكل كان الاصل معه ، وان لم يكن ذا يد على الكل لزم على الشفيع اثبات انه مالك للكل .

وفي الثاني: اقرار الشفيع بالاسلام كاف الا ان يقيم المشتري البينة .

وفي الثالث: احتاج الشفيع الى البينة على بلوغه .

وفي الرابع: احتاج المشتري الى البينة لاصالة العقل بخلاف البلوغ ، حيث الاصل عدم البلوغ ومرادنا باصالة العقل أصل الصحة لاالاستصحاب ، اذ الاستصحاب لايتوفر في كل مكان نعم اذاكان الاستصحاب عدم العقل لايقاومه اصالة الصحة .

ثم الظاهر انه لوشهد البائع بعفو الشفيع قبلت لاطلاق الادلة، سواء كان قبل قبض الثمن او بعده، وان قطع في جامع المقاصد بعدم القبول ، وحكى ذلك عن التذكرة والتحرير، بل هو ظاهر القواعد أيضاً ، لانه يجر الى نفسه نفعاً اذا أفلس المشتري ، فانه يرجع الى المبيع على تقدير عدم أخذ الشفيع اياه ، ولذا أشكل عليهم في الجواهر حيث قال : ولوشهد البائع بعفو الشفيع

بعد قبض الثمن قبلت، بل وقبله لانه لا يخفى عليك مافي كلامهم بعد الاحاطة بماذكرناه هنا، وفي [كتاب الشهادات] من عدم قدح مثل هذه التهمة في شهادة العدل، والله سبحانه العالم .

فصل

نذكر في هذا الفصل بعض المسائل المتفرقة :

الاولى :

قال المحقق القمي : اذا كان دكان صغير بين رجلين ومات أحدهما من زوجة وبنت وباع الاخر شقصه من زيد ومضى من ذلك مدة مديدة فمات البنت عن وراث صغار وكبار والحال يريد الكبار من الوارث وقيم الصغار الأخذ بالشفعة متمسكين بأن مورثهم كان جاهلا بثبوت حق الشفعة له أوبفوريته فلهم ذلك اذا جهل المستحق بالحق أوبفوريته، وكذلك وارثه ان أخر الادعاء ويثبت الجهل في نفس الامر اذا اعترف به المشتري .

وأما لووقع التداعي فيه، فالقول قول مدعيه ان لم يدع خلاف الظاهر بأن يكون ظاهر حاله الصدق لعدم فطانته ومعرفته بالاحكام فيعتضد باصالة عدم العلم، وهو كماذكره لماتقدم من ارث الشفعة الا ان الظاهر الذي ذكره لااعتبار به مقابل الاصل، ولو اختلف الورثة فقال أحدهم: كان جاهلا مثلا، والاخر كان عالماً، فلكل حكمه .

نعم يكون للمشتري خيار تبعض الصفقة، كماتقدم مثل ذلك، وقد سبق ان

القول بانه لاتبعض في الشفعة غيرتام ، فان مقتضى الادلة صحة التبعض فيها ، وانما يكون للطرف خيار التبعض .

الثانية: لومات الشفيع قبل أخذه بالشفعة فادعى وارثه انه قال له الميت: أنت مختار في أخذ الشفعة وكالةعني، لكنه كالميت كان جاهلا بالفورية، فالظاهر ان له الاخذ اذا لم يسبب التأخير ضرراً على المشتري ، ولوادعى عليه العلم أقام البيّنة والا حلف الوارث على نفي علم مورثه أو علمه بجهل مورثه بالفور لاصالة بقاء الشفعة التابعة لاصالة عدم العلم من أحدهما بالفورية .

أما في صورة الضرر فقدتقدم ان لاضرر محكم على دليل الشفعة كماهو محكم على غيره من أدلة العناوين الاولية .

أمالوكان المورث عالماً بالشفعة، وقال للوارث: أنت مختار ووكيل عني في الاخذ بالشفعة والترك ، فان نافي ذلك الفورية فلااشكال في عدم الشفعة ، وان لم ينافِ الفورية كان التأخير من الوكيل الوارث موجباً لسقوطها، اذ مآل ذلك الى ان المورث مع علمه بالفورية لم يأخذ بها فوراً، فانه لافرق بين عدم أخذ نفسه وعدم أخذ وكيله .

الثالثة : سبق انه لوكان شيء مقسوم يشتركان في النهر فباع أحدهما جميع ماله من النهر والمقسوم كان لشريكه الشفعة وعليه يكون العكس كذلك بأن لم يكن المال مقسوماً، وانماكان النهر مقسوماً فباعهما. فانه يكون للشفيع الاخذ بالشفعة لوحدة الملاك في المسألتين مما يفهم منه عدم الفرق بينهما في الحكم .

الرابعة: لوأخذ بالشفعة، ثم قال: لااريدكان اقالة ، فان رضي المشتري ، فهو والا لم يرجع الى المشتري لوضوح ان المال أصبح له وارادته بمجرده

لاتوجب الفسخ، ولوأخذ بالشفعة، لكن المشتري عصى ولم يعطه ملك وكان غصباً في يد المشتري، ومهما تمكن هو أو وارثه من الاخذ حق لهم ذلك .

نعم ، ان يئس ورد الشفعة وجعل ثمن الشقص تقاصاً سقطت الشفعة ، لكن اذا صار الثمن أقل حق له أخذ التفاوت من المشتري ، وان صار أكثر لزم عليه اعطاء بقية الثمن اله كماهو مقتضى التقاص في كل موارده والتي منها هذا المورد .

الخامسة: لو وقف المشتري ومات وأخذ الشفيع بالشفعة ، فالظاهر ان الثمن يكون وقفاً، لانه مقتضى الارتكاز فيشترى به مثل المال المذكور ويجعل وقفاً على الشرائط السابقة ، اذ لافرق بين هذه المسألة وبين ماذكروه من بطلان الوقف بجهة من الجهات، حيث ان مقتضى قوله عليه السلام[1] : الوقوف على حسب ماوقفها أهلها، ان الثمن يكون حاله حال المثمن، ويكون الكلام فيمااذا زاد الثمن عن مثل الموقوف أونقص كماذكروه هناك أيضاً .

ومنه يظهر حال ماااذا جعله المشتري ثلثا أو أوصى به لانسان أونذر عليه أوماأشبه، فان الارتكاز جار في الجميع .

السادسة : قال المحقق القمي: الظاهر ان الجهل بأخذ الشفعة أوبالفورية من الاعذار لولم يقصر في اصل المسألة بأن كان غافلا عن احتمال ان يكون هناك حكم ولم يقصر في عدم التحصيل ، واستدل لذلك بعموم أدلة معذورية الجاهل[2]، وعدم انصراف أدلة الشفعة الى جاهل غافل ، وفيه ان استثنائه (لولم يقصر في أصل المسألة) الخ غير ظاهر ، لاطلاق دليل العذر كماتقدم ، بل

---

(١) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٩٥ الباب ٢ من الوقوف والصدقات

(٢) الوسائل : ج ١٣ ص ٢٩٥ الباب ٢ من الوقوف والصدقات

وكذلك حال النسيان اذا صدر عن غير المبالات كماهو الغالب ، والمستفاد من الاية الكريمة: ﴿ ربنا لاتؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا ﴾[(١)] فان النسيان القاهر لايحتاج الى الدعاء، لان الله سبحانه لايؤاخذ من غلب عليه النسيان حتى لم يتمكن من التحفظ ، فانه لايكلف نفساً الا وسعها ، وكذلك حديث الرسول صلى الله عليه وآله وسلم : (الدال على رفع التسع[(٢)]) أما [مالاطاقة لنا به] فالمراد الطاقة العرفية لاالطاقة التي يستحيل على الانسان، ولذا لايصح الدعاء بانه [لاتؤاخذنا بعدم طيراننا] مثلا أوماأشبه من المحالات .

السابعة : لواشترى شيئين أحدهما فيه الشفعة كالارض ، والثاني ماليس فيه الشفعة كالسيف مثلا، فان للشفيع الحق في الاخذ بالشفعة بالنسبة الى مافيه الشفعة لاطلاق أدلتها ، وليس للمشتري خيار تبعض الصفقة ، لان التبعض حصل بعد العقد لاقبله وأدلة الخيار ظاهرة في التبعض المقارن للعقد كما ذكره المحقق القمي وغيره .

الثامنة : قال في القواعد: لوقال أحد الوارثين للمشتري : شرائك باطل، وقال الاخر : صحيح ، فالشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة ، وكذا لو قال : انما إتهبته أوورثته ، وقال الاخر: اشتريته .

وقال في مفتاح الكرامة :كما نص على الامرين في المبسوط وغيره قالوا: لانه اعترف في الموضعين بانه لاشفعة له .

أقول : مقتضى القاعدة ان لاتكون الشفعة بأجمعها للمعترف بالصحة ، لما تقدم من انه لاوجه له ، بل الظاهران كل واحد يرث حصته لاحصته وحصة

---

(١) سورة البقرة : الآية ٢٨٦ .

(٢) الخصال : ج ٢ ص ٤١٧ ح ٩ .

غيره ، وعليه فاذا أخـذ أحدهما بحصته كان للمشتري خيار تبعض الصفقة بأن يبطل الشفعة ويسترجع من الشفيع ماأخذه ، لان دليل الشفعة ظاهر في أخـذ الجميع أوترك الجميع لاأخذ البعض فقط ، فيكون أخذ البعض مراعاً بقبول المشتري ورفع يده عن خيار تبعض الصفقة عليه .

(خاتمة)

قال في مفتاح الكرامة عند تمام كتاب الشفعة : قدتم بلطف الله عزوجل وبركة آل الله صلى الله عليهم ، ليلة الخميس الثامنة والعشرين من شهرربيع الثاني سنة ألف ومائتين وثلاث وعشرين .

وفي هذه السنة جاء الخارجي الذي اسمه (سعود) في جمادي الاخرةمن نجد بما يقرب من عشرين ألف مقاتل أوأزيد ، فجائتنا النذربانه يريد انيدهمنا في النجف الاشرف غفلة ، فتحذرنا منه وخرجنا جميعاً الى سورالبلد ، فأتانا ليلا فرآنا على حذر قد أحطنا بالسور بالبنادق والاطواب ، فمضى الىالحلة فرآهم كذلك ، ثم‌مضى الى مشهد الحسين عليه‌السلام على حين غفلة نهاراً ، فحاصرهم حصاراً شديداً فثبتوا له خلف السور ، وقتل منهم وقتلوا منه ، ورجع خائباً، ثم عاث في العراق فقتل من قتل ، وبقينا مدة تاركين البحث والنظر على خوف منه ووجل، ولاحول ولاقوة الابالله العلي العظيم .

وقداستولى على مكة شرفهاالله تعالى ،والمدينة المنورة ، وقدتعطل الحاج ثلاث سنين وما ندري ماذا يكون ؟ ! ولاحول ولاقوة الا بالله ـ انتهى .

أقول رحم الله السيد العاملي ، فان كان حياً لرأى ان آل سعود استولوا

على مكة المكرمة والمدينة المنورة ، وهدموا البقاع الشريفة في البقيع وغيرها، كما هدموا البقاع المتبركة في مكة المكرمة .

وقد تم [كتاب الشفعة] بلطف الله عزوجل وبركة آل الله صلى الله عليهم أجمعين ، ليلة الاثنين السابع من شهر رجب المرجب من سنة ألف وأربعمائة وأربع من الهجرة .

وفي هـذه السنوات (التي اخرجنا نحن من العراق ظلماً بسبب حزب البعث الى الكويت ، وبعد ذلك ضغط علينا حتى خرجنا من الكويت الى قم المشرفة) البلاد الاسلامية كلها موزعة ومبضعة ومجزئة ولا أحد ينقذها من هذا التبعض ، وقدقال رسول الله ﷺ : (انما مثل المؤمنين في توادهم وتحاببهم كالجسد الواحد اذا اشتكى عضو اشتكت له سائر الاعضاء بالسهر والحمى)[1] . بينما لانرى من ذلك الاثر المطلوب ، فقد جزئت البلاد بحدود مزيفة مصطنعة، كما أخذت القوميات تجزء المسلمين ، وقدتركت الايتان المقدستان المباركتان حيث قال سبحانه : ﴿وان هذه امتكم امة واحدة﴾[2] .

وقال تعالى : ﴿انما المؤمنون اخوة﴾[3] .

فلا ترى الأخوة الاسلامية ، وانما العراقي في ايران أجنبي ، والايراني في العراق أجنبي ، وكلاهما في مصر أجنبي ، والمصري فيهما أجنبي وهكذا، والغريب في الامر ان الكثير من المسلمين هم بأنفسهم يسيرون في هذا المسير الذي احدثه لهم الكافر المستعمر من الخارج ، والقوانين وضعت على خلاف

---

(١) الكافي : ج ٢ ص ١٦٦ باب اخوة المؤمنين بعضهم لبعض ح ٤ .

(٢) سورة المؤمنون : الآية ٥٢ .

(٣) سورة الحجرات : الآية ١٠ .

الكتاب والسنة ، وفي كثير من البلاد الربا والزنا والقمار والضرائب التي لم ينزل الله بهامن سلطان، والحدود المصطنعة والجمارك المحظورة شرعاً ، وسائر القوانين أيضاً مبدلة ومغيرة الاماشذ في بعض المدن بالنسبة الى بعض القوانين ونار الحرب مستعرة في البلاد الاسلامية .

فأفغانستان احتلها الروس وفيها حرب ضارية قتل فيها الى الان ــ حسب التقادير ــ أكثرمن مليون مسلم ، وشرد أكثرمن خمس ملايين من المسلمين، والسجون ممتلاة بما يقرب المليون ، كما يخبرنا الثقاة والصحف والجرائد والمجلات والاذاعات وغيرها وهذابعدمااستحل الروس سائر بلادالاسلام،والتى كانت بعضهاجزءاً من ايران في الزمان السابق كأرمنستان وتاجكستان وتركمنستان وآذربايجان وقرقيزستان وقازقستان، بمافيها من البلاد الوسيعة الفسيحة والمدارس والمؤسسات، وقد هدموا المدارس والمساجد والحسينيات وسائر محلات العبادة واذاقوا المسلمين الذل والهوان .

كما ان لبنان اغتصبها المسيحيون ، وفلسطين اغتصبتها اليهود ، ونار الحرب مشتعلة في مصر وسوريا والاردن ولبنان .

وكذلك الحرب قائمة على قدم وساق في الحدود الايرانية العراقية ، وقد ذهبت ضحيتها في أربع سنوات أكثرمن مليون قتيل وجريح ومعاق .

كما ان الحرب قائمة في كردستان الايرانية العراقية بين الايرانيين والعراقيين والاكراد .

وكذلك الحرب قائمة على قدم وساق في بلاد ارتريا وفي بلاد مورو وفي غيرها .

وهذه الدول المجزئة تجزئتها ، وهذه القوانين المستوردة لاشك في انها حالة اصطناعية فرضها الكفار الغربيون والشرقيون على الامة الاسلامية .

والاخوة الاسلامية شأن من شئون الامة لايحق لاي من الدول الكبرى أومن الدول الصغرى أوالافراد تفتيتها ،فانها فريضة عظيمة كالصلاة والزكاة وغيرهما، فان الدولة الاسلامية الكبرى التي أسسها الرسول ﷺ،ثم تبعه علي عليه الصلاة والسلام سببت لبقاء المسلمين على اسلامهم ودينهم .

أما اذا ساد فيهم التفرقة،فان الكافر المستعمر يسيطر عليهم بما يذهب دينهم ودنياهم كما حدث في الحال ، وان من حق المسلمين ان يهتموا التحرير بلادهم وتوحيدها والتجنب عن اعمال الكفار الذين أمرالله سبحانه وتعالى بالابتعاد عنهم فقال سبحانه : ﴿ يا أيها الذين آمنوا لاتتخذوا اليهود والنصارى أولياء بعضهم أولياء بعض ومن يتولهم منكم فانه منهم ﴾.[١]

وقال تعالى : ﴿ لايتخذ المؤمنون الكافرين اولياء من دون المؤمنين ومن يفعل ذلك فليس من الله في شيء ﴾.[٢]

ومن الواضح،انه لم يتقهقر الكفار الى الخلف منذ دخلوا البلاد الاسلامية، بل غيروا دينهم واساموهم الخسف وبقيت سمة العنف وادامته حاضرة باستمرار، ولم تتوقف انهار من الدماء الاسلامية التي اجروها ، ولا التشريد الذي صنعوه في البلاد الاسلامية كما شردوا أكثر من ثلاثة ملايين من المسلمين الذي كانوا في العراق الى ايران وباكستان والخليج وسوريا ولبنان وغيرها ، ولم يتوقف

---

(١) سورة المائدة : الآية ٥١ .

(٢) سورة آل عمران : الآية ٢٨ .

الضغط من الكفار على المسلمين سواء منهم الشرقيون أو الغربيون بصورة مباشرة أو غير مباشرة، فقد دخل الكفار الى هذه الديار بالضغط والقوة وجزئوها وفرضوا قوانين على البلاد ومخططات كافرة لاذلال المسلمين بالقوة والقهر والبطش، ولم يرحلوا عنها، وان رحلوا عن بعضها صورياً عسكرياً، فانهم باقون فيها فكرياً واقتصادياً وسياسياً وغيرها.

وقد صنعوا العملاء في أكثر بلاد الاسلام أو كلها في أغلب الحالات، ولما أن رحلوا عن بعض البلاد صورياً لم يرحلوا الا بعد أن أسالوا فيها الدماء وفرضوا الاتفاقيات التي تسمح لهم ببقاء القواعد العسكرية أو بعودة قواتهم مهما أرادوا وأساطيلهم لم تبرح البحار الاسلامية والمحيطات المطلة على الشواطيء، وقد أقاموا في قلب البلاد الاسلامية في الشرق الاوسط دولة اسرائيل باعتبارها القاعدة العسكرية الدائمة، وأوكلوا اليها جزءاً كبيراً من ممارسة العنف وادامته لحساب الغرب والشرق تارة ونيابة عنهما تارة اخرى ولحسابهما المشترك في أغلب الحالات، فانسحبت القوى الغربية والشرقية في خط النار الثاني بعد أن تصدر الجيش الاسرائيلي خط النار الاول منذ خمسين سنة تقريباً حين دخل اسرائيل هذه البلاد عنوة، وبالاخص منذ ستة وثلاثين سنةً منذ أعلنت اسرائيل دولتها الغاصبة، ولاتتردد الدول الكافرة من دخول البلاد الاسلامية عنوة وعلناً حيث مايرون ان مصالحهم تضعف في هذه البلاد ويأخذ الوعي الاسلامي يتصاعد، كما حدث في (مصر) من قبل القوات الفرنسية البريطانية الاسرائيلية في عام ألف وثلاثمائة وست وسبعين.

وفي (لبنان) من قبل القوات الامريكية.

وفي (الاردن) من قبل القوات البريطانية في عام ألف و ثلاثمائة وثمان وسبعين .

وكما يحدث الآن في (لبنان) وسيناء من قبل القوات الامريكية والمتعددة الجنسيات .

كما ان الاجتياح السوفيتي لافغانستان فيعام ألف وأربعمائة هجرية يؤكد ان مرحلة اجتياح الديار الاسلامية بالجيوش والسيطرة عليها بالعنوة والعنف لم تذهب مع اقتراب القرنالعشرين(م) من نهاياته ، وان مسألة الامم المتحدة وغيرها ليست الا لاجلهم لا لاجلنا نحن المسلمين ، وكذلك منظمات حقوق الانسان وغيرها من الاساليب الماكرة .

نسأل الله سبحانه وتعالى انقاذ الامة بفضله وببركة محمد وآله الطاهرين، ولاحول ولاقوة الا بالله العلي العظيم ، وانا لله وانا اليه راجعون ، وسيعلم الذين ظلموا أي منقلب ينقلبون ، والعاقبة للمتقين .

اللهم انا نرغب اليك في دولة كريمة تعز بها الاسلام وأهله ، وتذل بها النفاق وأهله ، وتجعلنا فيها من الدعاة الى طاعتك والقادة الى سبيلك وترزقنا بها كرامة الدنيا والآخرة .

اللهم ماعرفتنا من الحق فحملناه وماقصرنا عنه فبلغناه .

اللهم عجل في فرج وليك وسهل مخرجه ، وأجعلنا من أنصارهوأعوانه.

والحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على محمد وآلهالطاهرين.

سبحان ربك رب العزة عما يصفون ، وسلام على المرسلين ، والحمد لله رب العالمين .

٧/رجب/١٤٠٤هـ   محمد بن المهدي الحسيني الشيرازي

المحتويات

الموضوع ——— الصفحة

فصل
١٢٣ ـ ١٥٦

فصل
في كيفية الأخذ بالشفعة
١٥٧ ـ ٣٧٦

الموضوع ــــــــــــ الصفحة

فصل
في مسقطات الشفعة
٣٧٧ ـ ٤٠٦

فصل
في التنازع
٤٠٧ ـ ٤٦٠

فصل
في مسائل مختلفة
٤٦١ ـ ٤٦٦